

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 118

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00111-00
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: David Ricardo Cano Baena
DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

Previo a resolver sobre la admisión del asunto de la referencia se observa que según se indicó en constancia secretarial del 15 de junio anterior, al momento de descargar la demanda de la “*ventanilla de radicación virtual*” se pudo constatar que con la misma no se cargó el respectivo archivo de los anexos de la demanda indicados en el libelo.

Así las cosas, previo a resolver sobre la admisión de la demanda se dispone **REQUERIR** a la parte demandante para que, en el término de 5 días, allegué en medio digital los anexos indicados en el escrito demanda, así como la constancia de envío de la demanda por correo electrónico a la parte demandada, tal como lo estipula el numeral 8 del artículo 162 del CPACA.

Notifíquese

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17001-33-39-006-2016-00135-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 099

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** (el Magistrado **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **MARIO VILLEGAS MORA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

- I) Se declare la nulidad del Oficio N° 097568/ARPRE-GRUPE-1.10 DE 11 de abril de 2016.

- II) Se ordene a la parte demandada reconocer a favor del demandante la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge **MARIA NELLY GONZÁLEZ**

HORTÚA, quien falleció cuando se desempeñaba como personal no uniformado de la Policía Nacional el 25 de diciembre de 1993, se cancelen las mesadas atrasadas y mientras subsista el derecho, se actualicen las sumas reconocidas y se condene en costas a la entidad llamada por pasiva.

CAUSA PETENDI.

En síntesis, expresa el demandante que su cónyuge MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA, quien se desempeñaba como AUXILIAR I en la POLICÍA NACIONAL, falleció el 25 de diciembre de 1993 a causa de un accidente cerebro vascular hemorrágico, momento para el cual acumulaba 9 años y 20 días de servicio a la institución, lo que a la luz del principio de favorabilidad le otorga a su esposo el derecho a la pensión de sobrevivientes. Agrega que esta prestación ha sido negada por la entidad demandada, quien argumenta que no cumple con los requisitos establecidos en el régimen especial aplicable a esa entidad.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora invoca como vulneradas las siguientes normas: Constitución política en sus artículos 2 y 29, Código Civil, arts. 27, 30 y 31; Código Sustantivo del Trabajo, arts. 2 y 21; Ley 100 de 1993, arts. 46 y 47.

Como juicio de la vulneración, expone que los regímenes pensionales especiales como el de la POLICÍA NACIONAL no pueden interpretarse de manera restrictiva, pues estas normas se justifican en la medida que otorguen un tratamiento más favorable a sus destinatarios, por ende, cuando la entidad accionada utiliza este pretexto para denegar el derecho pensional, está quebrantando el desarrollo

jurisprudencial que busca proteger a los beneficiarios de los regímenes de excepción de tratos restrictivos frente a quienes se aplica el régimen general.

Al referirse al caso concreto, expresa que el tiempo de servicio acumulado por la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA en la POLICÍA NACIONAL le daría a su cónyuge, conforme las normas hoy vigentes y en virtud del principio de favorabilidad, el derecho a la pensión de sobrevivientes.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**, en escrito obrante de folios 76 a 83 del cuaderno principal, se opuso a la prosperidad de las pretensiones del accionante, para lo cual adujo que conforme lo establecido en el Decreto 1214/90 que regula la carrera profesional de los no uniformados, la entidad pagó a los causahabientes de la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA la indemnización correspondiente a 9 años, 2 meses y 4 días, por no cumplir con los requisitos para una asignación de retiro en el régimen especial. En cuanto a la pretendida aplicación de la Ley 100 de 1993, estima que no es procedente, por cuanto la fecha del fallecimiento de la cónyuge del actor es anterior a la vigencia de dicha norma, que además excluye a los miembros de la fuerza pública, por mandato del artículo 279 de dicho esquema disposicional.

Finalmente, menciona que el Consejo de Estado en sentencia de 25 de abril de 2013 rectificó la postura que había adoptado sobre la posibilidad de reconocer una pensión de sobrevivientes con una norma posterior al fallecimiento de quien causa el derecho, justificando este cambio jurisprudencial en la imposibilidad de aplicar normas de forma retroactiva.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa negó las pretensiones de la parte demandante /fls. 141-148 cdno.1/, anotando que no es posible aplicar la Ley 100 de 1993 al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes por muerte de la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA, pues si bien la jurisprudencia de lo contencioso administrativo permitía que en virtud del principio de favorabilidad los reconocimientos pensionales se hicieran con normas anteriores, actualmente esta posibilidad se halla circunscrita a normas que se encuentren vigentes al momento de la causación del derecho, es decir, para la data del fallecimiento.

En este sentido, expone que la Ley 100 de 1993 entró a regir el 1° de abril de 1994, porque así lo dispuso de forma expresa el artículo 151 de ese esquema disposicional, lo que refuerza que no estaba vigente cuando murió la señora GONZÁLEZ HORTÚA, y con ello, no es dable proceder a su aplicación, como lo impetra el demandante.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con escrito obrante a folio 152 a 166 del cuaderno principal, la parte demandante impugno la sentencia mencionada exponiendo que la Ley 100 de 1993 entró a regir el 23 de diciembre de 1993, fecha de su publicación en el Diario Oficial N° 41.148, por ende, ya era una ley de la república para el 25 de diciembre de 1993, cuando falleció la cónyuge del actor, permitiendo su aplicación en virtud del principio de favorabilidad. Acota que el artículo 151 de la ley lo que dice es que el sistema general de pensiones entró a regir el 1° de abril de 1994, no así la norma en su integridad, que ya estaba vigente.

Reitera la tesis expuesta en la demanda, según la cual las normas especiales de la Policía Nacional plasmadas en el Decreto 1214 de 1990 representan disposiciones restrictivas frente a su derecho, que debe orientarse por la Ley 100 de 1993 en virtud de la favorabilidad, y reproduciendo extensos apartados jurisprudenciales que había consignado en el acápite de normas violadas y concepto de violación del escrito de demanda, precisa que con el tiempo de servicio de la señora GONZÁLEZ HORTÚA en la POLICÍA NACIONAL, a su cónyuge le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes con fundamento en las prescripciones del sistema pensional general.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte demandante se anulen los actos con los cuales la POLICÍA NACIONAL negó al demandante el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA y en su lugar, se disponga el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo la postura del apelante y lo decidido por la funcionaria judicial de primera instancia, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la dilucidación de los siguientes interrogantes:

i) ¿Cuál es el régimen aplicable al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes aplicable en el sub lite?

ii) ¿El accionante MARIO VILLEGAS MORA cumple los requisitos de ley para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge?

(I)

RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE

Como se anotó, el debate jurídico versa sobre la norma aplicable a la situación pensional producida por la muerte de la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA, y la posibilidad de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a su cónyuge supérstite, el demandante MARIO VILLEGAS MORA. Para el accionante, en aplicación del principio de favorabilidad, el estudio de reconocimiento pensional debe hacerse a la luz de las normas del actual régimen de seguridad social en pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, y no como lo hizo la entidad accionada, acudiendo a la norma vigente para el momento del fallecimiento de la señora GONZÁLEZ HORTÚA, el Decreto 1214 de 1990.

Como patrón fáctico de este escrutinio judicial, es menester acotar que la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA falleció el 25 de diciembre de 1993, conforme consta en el certificado de registro civil de defunción allegado con la demanda, que milita en el folio 29 del cuaderno principal. Así mismo, ha de tenerse en cuenta que la señora GONZÁLEZ HORTÚA al momento de su muerte ocupaba el cargo de AUXILIAR I, personal no uniformado de la POLICÍA NACIONAL y desempeñó su labor durante 9 años, y 20 días/fls. 5-6 cdno. 2/.

Para entonces, la norma vigente aplicable a esos servidores era el Decreto 1214 de 1990 “*Por el cual se reforma el estatuto y el régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional.*”, que en su artículo 9 literal d)

incluye a los auxiliares de la Policía Nacional dentro de este conglomerado normativo, al paso que su artículo 123 dispone:

“MUERTE SIMPLEMENTE EN ACTIVIDAD. Durante la vigencia del presente Decreto, a la muerte de un empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional en actividad, por causas diferentes a las enumeradas en los dos (2) artículos anteriores, sus beneficiarios tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

a. A que el Tesoro Público les pague por una sola vez una compensación equivalente a dieciocho (18) meses de los haberes correspondientes al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 102 de este Decreto.

b. Al pago de la cesantía por el tiempo de servicio del causante.

c. Si el empleado público del Ministerio de Defensa o de la Policía Nacional hubiere cumplido dieciocho (18) años de servicio, sus beneficiarios en el orden establecido en este Estatuto, con excepción de los hermanos, tendrán derecho a que el Tesoro Público les pague una pensión mensual equivalente al cincuenta por ciento (50%) de las partidas computables para prestaciones sociales, incrementada en un cinco por ciento (5%) por cada año que exceda de los dieciocho (18), sin sobrepasar el setenta y cinco por ciento (75%)”
/Resalta el Tribunal/.

Por su parte, la Ley 100 de 1993, cuya aplicación pretende la parte demandante, consagra el derecho a la pensión de sobrevivientes en sus cánones 46 y 47 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones (...)”.

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (...)”
/Resalta el Tribunal/.

No ha de desconocerse que la pensión de sobrevivientes tiene un vínculo directo con ámbitos de protección constitucional de capital importancia, como el mínimo vital y la protección de la familia, a través del aseguramiento de los medios de subsistencia digna una vez sobreviene el fallecimiento del afiliado al sistema pensional. La H. Corte Constitucional, en sentencia T-584 de 2011 con

ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, indicó acerca de este punto:

“2.2.1 Relevancia constitucional del derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la pensión de sobrevivientes, anteriormente conocida como sustitución pensional, es una prestación social fundada en los principios de solidaridad y de universalidad de la seguridad social, que busca garantizar a los familiares de la persona afiliada fallecida, una estabilidad económica suficiente para asegurar su subsistencia en condiciones dignas, máxime, cuando dicha prestación es la única fuente de ingreso de sus beneficiarios, que tiene por fin evitar una situación de desamparo. En este último caso la naturaleza de la pensión de sobrevivientes siempre estará ligada a la protección del derecho fundamental al mínimo vital^[1] y por tanto, adquiere el carácter de fundamental.

En ese sentido, esta Corporación, a través de la sentencia C-617 de 2001 dijo que esta prestación “busca impedir que, ocurrida la muerte de una persona, quienes dependían de ella se vean obligados a soportar individualmente las cargas materiales y espirituales de su fallecimiento”^[2] y, con ello se busca mantener el *statu quo* de los familiares del trabajador a fin de “garantizar a sus beneficiarios el acceso a los recursos necesarios para continuar viviendo

en condiciones dignas, tal como la hacían durante la vida del causante.”^[3]

...

Se tiene entonces que (i) el derecho a la pensión de sobrevivientes integra el derecho a la seguridad social, (ii) tiene un contenido patrimonial, (iii) para su reconocimiento se deben cumplir los requisitos y condiciones señalados por la ley (iv) existe un nexo entre el derecho a la pensión de sobrevivientes y la eficacia de derechos fundamentales, razón por la que la jurisprudencia ha considerado que el reconocimiento de esa prestación económica adquiere el rango de fundamental cuando ésta constituye la única fuente de ingreso o la principal de la familia del causante.” /Sub líneas son del Tribunal/.

Volviendo al ámbito del debate judicial, el señor MARIO VILLEGAS MORA pretende que se le conceda una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA el 25 de diciembre de 1993 con base en los dictados de la Ley 100 de 1993, pese a que para esa data, dicho esquema disposicional no se encontraba vigente.

En efecto, el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4ª de 1913) dispone acerca de la vigencia de las leyes, lo siguiente:

“ARTÍCULO 52. La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.

ARTÍCULO 53. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes.

1. Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado.

2. Cuando por causa de guerra u otra inevitable estén interrumpidas las comunicaciones de alguno o algunos municipios con la capital, y suspendido el curso ordinario de los correos, en cuyo caso los dos meses se contarán desde que cese la incomunicación y se restablezcan los correos” /Destacado del Tribunal/.

En ese orden, los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, cuya aplicación impetra el accionante MARIO VILLEGAS MORA, hacen parte del Sistema General de Pensiones contenido en el Libro 1 de esa norma, cuya entrada en vigencia fue regulada de manera puntual en el canon 151 ídem, por cuyo ministerio:

“El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma.

PARÁGRAFO. El Sistema General de Pensiones para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital, entrará a

regir a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental” /Destaca la Sala/.

En ese orden de ideas y en consonancia con lo planteado por la entidad demandada, resulta diáfano que las normas sobre pensión de sobrevivientes consagradas en la Ley 100 de 1993 solo iniciaron a regir a partir del 1° de abril de 1994, por lo que es de suyo que no habían entrado en vigencia el 25 de diciembre de 1993, cuando falleció la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA.

Como se anotó, el principal argumento al que recurre el demandante VILLEGAS MORA a la hora de impetrar el reconocimiento pensional bajo los dictados de la Ley 100 de 1993, es el principio de favorabilidad en materia laboral y pensional.

Lo primero que debe referirse sobre el particular, es que el mencionado mandato ha sido construido a partir de un elemento fundante, como lo es la existencia de una duda acerca del régimen jurídico que gobierna determinado supuesto fáctico, bien porque existen diversas disposiciones normativas llamadas a regularlo, o bien porque sobre una misma fuente de derecho se presentan criterios hermenéuticos disímiles. En otras palabras, el principio de favorabilidad en el ámbito laboral o pensional no se traduce en la posibilidad de escoger entre diversos regímenes, aquel que resulte más favorable a los intereses del potencial beneficiario de una prestación económica, pues solo ante la multiplicidad de posibilidades normativas o hermenéuticas en torno a una misma situación, se concreta la aplicación de este dispositivo.

La Corte Constitucional sostuvo sobre este punto en la Sentencia SU-267 de 2019 (M.P. Alberto Rojas Ríos), lo siguiente:

“(…) Ahora bien, la Corte Constitucional en ocasiones ha diferenciado el significado de los principios de favorabilidad e in dubio pro operario, en los siguientes términos:

El principio de favorabilidad se aplica en los casos en que existe duda sobre la disposición jurídica aplicable, en tanto se encuentran dos o más textos legislativos vigentes al momento de causarse el derecho. En tales eventos, los cánones protectores de los derechos del trabajador y la seguridad social ordenan la elección de la disposición jurídica que mayor provecho otorgue al trabajador, o al afiliado o beneficiario del sistema de seguridad social[□], respetando el principio de inescindibilidad de la norma, esto es, la aplicación de manera íntegra en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece.”
/Resalta la sala/.

Nótese que el tribunal constitucional hace hincapié en que la naturaleza del aludido principio implica la existencia y vigencia de varias fuentes normativas para el momento en que se causa del derecho, a partir de lo cual nace la posibilidad de optar por aquel mandato normativo que mayor beneficio reporte al afiliado al sistema de seguridad social, raciocinio que se hace más evidente tratándose de una pensión de sobrevivientes, como la que se deprecia en el *sub lite*.

En todo caso, es importante destacar que este mandato ha respondido a diversas posturas, y si bien otrora la jurisprudencia permitía que el reconocimiento de

la pensión de sobrevivientes se gobernara por la norma más favorable, aun cuando esta no estuviera vigente para el momento de la muerte del afiliado, esta posibilidad fue rectificada por el Consejo de Estado, como lo anotó en fallo de 18 de noviembre de 2020 con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez Radicación número: 17001-23-33-000-2016-00091-01(0229-18):

“(…) L]a Sección Segunda de esta Corporación, **rectificó la posición frente a la aplicación retrospectiva del régimen general de pensiones en virtud del principio de favorabilidad e igualdad consagrado en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993 y, consideró que la ley que resulta aplicable es la que se encuentre vigente al momento en que se estructura el derecho, esto es, en el caso de la pensión de sobrevivientes en la fecha en que se produjo la muerte del causante.**(…) [L]a posibilidad de exigir la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los términos señalados en el artículo 288 citado ante el cotejo con lo indicado en normas anteriores a su vigencia, **requiere que el derecho reclamado con base en la normativa anterior se hubiere consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que esta última estuviera rigiendo en el caso concreto.** (….) Bajo estas condiciones, es diáfano que toda vez que en el presente caso la situación se consolidó en vigencia del Decreto Ley 224 de 1972, pues se reitera que el deceso del señor José Fernando Henao Gil ocurrió el 15 de septiembre de 1990, no es procedente la aplicación retrospectiva de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión

de sobrevivientes como lo requiere la señora Luz Stella Otálvaro Ramírez en la demanda” /Resalta el Tribunal/.

En suma, la regla jurisprudencial en cita, si bien no desconoce el principio de favorabilidad, únicamente permite su aplicación tratándose de normas que se encuentren vigentes al momento del deceso del afiliado al sistema pensional, en cambio, si la pretendida norma no estaba rigiendo para entonces, no resulta viable tomarla como base para el estudio de reconocimiento, criterio que ha sido reiterado en los más recientes pronunciamientos¹ sobre el mismo punto:

“[...] El artículo 288 de la Ley 100 de 1993 desarrolló los principios de favorabilidad e igualdad, [...] En efecto, tal como lo ha señalado esta Sección, la posibilidad de exigir la aplicación de la Ley 100 de 1993 en los términos señalados en el artículo 288 citado ante el cotejo con lo indicado en normas anteriores a su vigencia, requiere que el derecho reclamado con base en la normativa anterior se hubiere consolidado en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, que esta última estuviera rigiendo en el caso concreto.” /Destaca la Sala/.

En conclusión, atendiendo la fecha de fallecimiento de la señora MARIA NELLY GONZÁLEZ HORTÚA (25 de diciembre de 1993) y por ende, de consolidación del eventual derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de su cónyuge MARIO VILLEGAS MORA, la norma llamada a gobernar dicha situación era el Decreto 1214 de 1990 y no la Ley 100 de 1993, conforme lo concluyó la

¹ Núm. del proceso: 66001233300020200007401 del 14 de julio de 2022 , Magistrado Ponente: Gabriel Valbuena Hernández

jueza de primera instancia. Lo anterior, sumado al hecho de que como se anotó, la señora GONZÁLEZ HORTÚA no cumplió con el tiempo de servicios exigido a la sazón por dicho ordenamiento decretal para que su cónyuge accediera a la pensión de sobrevivientes, por lo que habrá de confirmarse la sentencia apelada en cuanto dispuso denegar las pretensiones de la parte actora.

COSTAS

Con fundamento en el artículo 365 numeral 3 del Código General del Proceso (CGP), se condenará en costas a la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la **SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL** del Tribunal Administrativo De Caldas, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **MARIO VILLEGAS MORA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

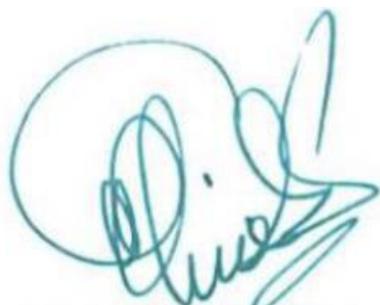
COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Sin agencias en derecho por no haberse causado.

Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°028 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 119

RADICADO: 17-001-33-39-008-2016-00391-03
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo
DEMANDANTE: Martha Lucía Orejuela Gartner
DEMANDADO: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP

Mediante providencia del 1° de diciembre de 2022 se resolvió el recurso de apelación formulado en contra del auto que dispuso la modificación del crédito dentro del asunto de la referencia.

En dicha providencia se advirtió con claridad en su parte motiva y en distintos apartados de su parte resolutive que el asunto resuelto corresponde a aquel en que funge como demandante la señora *“Martha Lucía Orejuela Gartner”* y como demandada la *“Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP”* sin embargo por un error meramente escritural en el ordinal primero de dicha providencia se advirtió como demandante al señor *“Nicolas Fernando Ramírez Marulanda”* y como accionado al *“municipio de Manizales”*.

Advertido dicho error por la parte accionada, se formuló petición de corrección de la providencia dentro del término de ejecutoria¹.

En tal sentido, advertido el yerro existente en la referida providencia, resulta procedente en los términos del artículo 286 del C.G.P. disponer la corrección del auto interlocutorio No. 276 del 1° de diciembre de 2022 en lo que respecta al ordinal primero de su parte resolutive.

Por lo anterior, se

¹ Ver. Expediente digital, archivos *“04EnvioMensajeDatos”* y *“05RadicadoSolicitudAclaraciónCorreccionAuto”*.

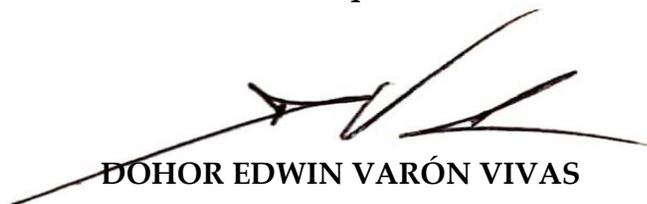
RESUELVE:

PRIMERO: CORREGIR el ordinal primero del auto interlocutorio No. 276 del 1° de diciembre de 2022 el cual pasa a responder a la siguiente redacción:

*“**PRIMERO: MODIFICAR** el auto del 22 de julio de 2022 proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales por medio del cual se modificó la liquidación del crédito dentro del proceso ejecutivo instaurado por Martha Lucía Orejuela Gartner contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.*

SEGUNDO: En firme esta providencia procédase como lo dispuso el ordinal segundo de la providencia objeto de corrección.

Notifíquese



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.:189

Asunto: Concede apelación contra sentencia
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00856-00
Accionante: Javier Elías Arias Idárraga
Accionado: Municipio de Anserma, Caldas y Corporación Autónoma Regional de Caldas –Corpocaldas.
Vinculado: Departamento de Caldas.

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del Código General del Proceso, por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto devolutivo¹, el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Anserma, Caldas (archivo 70 cuaderno principal), por el Departamento de Caldas (archivo 72 cuaderno principal) y por la parte actora² señor Javier Elías Arias Idárraga (archivo 74 cuaderno principal), contra la sentencia proferida por este Tribunal el veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023) (archivo 67, exp. ibidem).

En firme esta providencia, por la Secretaría de la Corporación, **REMÍTASE** el expediente al Honorable Consejo de Estado, para resolver lo pertinente previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹ Auto del H. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, CONSEJERO PONENTE: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ Bogotá, D.C., catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021) Referencia: Medio de control de protección de los derechos e intereses Colectivos Núm. único de radicación: 630012333000201900237-01 Actora: Juliana Victoria Ríos Quintero, en calidad de Personera Municipal de Armenia Demandados: Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio; Corporación Autónoma Regional del Quindío; Departamento del Quindío; Municipio de Armenia; Empresas Públicas de Armenia E.S.P.; Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P.; Empresa Efigas S.A. E.S.P.; y Julián Buendía Vásquez. Asunto: Resuelve sobre el ajuste del efecto en que el Tribunal Administrativo del Quindío concedió los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia.

² De acuerdo con la constancia secretarial que obra en el archivo 75 del expediente, la sentencia fue notificada al demandante el 8 de junio de 2023 y el recurso fue radicado por el actor popular el 14 del mismo mes y año.



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **a07656dae6f482a11405455b21abc3035f96c8142c7ef5c59c1cabba295fac42**

Documento generado en 21/06/2023 03:12:44 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17 001 23 33 000 2019 00467 00
Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Paula Marcela Gálvez Marín
Demandado:	Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales – UGPP -

Pasa el Despacho a resolver sobre el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la sentencia número 10 proferida el 3 de febrero de 2023.

I. Antecedentes

El 3 de febrero de 2023 se profirió por parte de la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas la sentencia anticipada número 10, mediante la cual se resolvió declarar próspera la excepción de caducidad propuesta por la demandada; la cual fue notificada el 6 de febrero de 2023.

El 16 de febrero del mismo año, se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, argumentando de fondo sobre la inexistencia de caducidad en este caso, y solicitando la revocatoria, de lo que denomina, el auto 10 que rechaza la demanda por caducidad.

Una vez surtido el traslado correspondiente sin pronunciamiento de la demandante, pasa a Despacho el proceso para resolver lo pertinente.

II. Consideraciones

1. Del recurso de Reposición.

Este Despacho debe determinar en primer lugar la procedencia del recurso de

reposición interpuesto de la siguiente manera:

El artículo 242 del CPACA dispone que, el recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario.

Ahora, al revisarse cuál es la naturaleza de la providencia contra la cual el recurrente interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, ésta corresponde a una sentencia anticipada de primera instancia, como se dijo precisamente en el cuerpo de la misma; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 182^a, y específicamente para el caso de la referencia, el numeral 3, que dice que se puede dictar sentencia anticipada en cualquier estado del proceso cuando se encuentre probada entre otras, la caducidad.

Baste lo expuesto para definir que, el recurso de apelación procede contra todos los autos, salvo norma en contrario; y en este caso, la providencia recurrida no es un auto, sino una sentencia de primera instancia; y pese a que el recurrente la mal interpreta, y le da la connotación no solo de auto, sino de auto que rechaza por caducidad; lo cierto es que dicha providencia es una sentencia anticipada que declara próspera la excepción de caducidad; de manera que, contra ésta no procede el recurso de reposición.

2. Del recurso de apelación.

El artículo 243 del CPACA dispone que, son apelables las sentencias de primera instancia, y el párrafo 1° del mismo dispone que el recurso de apelación en tal caso se concederá en efecto suspensivo; siendo el recurso procedente en este asunto, y habiéndose interpuesto dentro del término, por lo que debe concederse el mismo,

Por lo considerado se resolverá, rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la sentencia proferida el 3 de febrero del año en curso y conceder en efecto suspensivo el recurso de apelación como se dirá en parte resolutive de esta providencia.

III. Resuelve.

Primero: Rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia anticipada de primera instancia número 10 proferida el 3 de febrero de 2023.

Segundo: Conceder en el efecto suspensivo ante el Honorable Consejo de Estado, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por esta Corporación el 3 de febrero de 2023.

En consecuencia, remítase el expediente a esa alta Corporación previas las anotaciones de rigor por parte de la Secretaría.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **d825656eada896275d9275109aa5fde46888ba64bce793e423ca7c2ab8f5fed4**

Documento generado en 20/06/2023 05:02:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

17-001-23-33-000-2020-00025-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 094

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA (el Magistrado AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la sociedad **EFIGÁS S.A.**, contra la **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN**.

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA

Se impetra la nulidad de los siguientes actos administrativos:

I) Resoluciones N° 3344, 3345, 3348 y 3349, todas de 3 de octubre de 2018, con las cuales la DIAN negó el reconocimiento de falta de efectos legales de la declaración de autorretención del impuesto sobre la renta para la equidad “CREE”, presentada por la sociedad accionante por los meses de enero, febrero, mayo y junio del año gravable 2016; así mismo de las Resoluciones 1023620190001546, 102362019001488, 1023620190001547 y 1023620190001548, datadas el 8 de octubre de 2019, con las cuales la DIAN confirmó las inicialmente citadas.

II) Resoluciones N° 3356, 3357, 3358 y 3359, todas datadas 3 de octubre de 2018, con las cuales la DIAN negó la devolución de lo pagado por concepto de impuesto sobre la renta para la equidad CREE y su sobretasa (anticipo), correspondiente a los primeros 2 recibos de pago de 2016.

III) Resoluciones N° 007365, 007366, 007367 y 007368, de 20 de septiembre de 2019, con las que se resolvieron los recursos de reconsideración contra las anteriormente citadas.

A título de restablecimiento del derecho deprecia la empresa nulidisciente se ordene a la DIAN realizar la devolución de lo pagado indebidamente, por valor de \$ 9.040'092.000 por concepto de autorretenciones sobre el impuesto de renta para la equidad CREE y su sobretasa, entre los meses de enero, febrero, mayo y junio de 2016, así como el pago de los intereses moratorios, corrientes y legales que sean del caso.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

En suma, se expresa:

- El 29 de diciembre de 2016 se expidió la Ley 1819, la que con su artículo 376, numerales 3 y 4, derogó varios de los artículos de la Ley 1607 de 2012 que habían establecido el régimen del impuesto de renta para la equidad CREE, así como su sobretasa.
- Encontrándose derogado el CREE, el 12 de abril de 2017 EFIGÁS presentó declaración del mencionado impuesto por el año gravable 2016, en la que incluía en el renglón 53, el anticipo de la sobretasa de dicho tributo.
- EFIGÁS pagó a la DIAN la suma de \$ 5.713'958.000 a título de autorretenciones del CREE correspondientes al año 2016, y la suma de \$ 2.741'139.000 por impuesto CREE y su sobretasa del año 2016.
- El 25 de julio de 2018, EFIGÁS solicitó a la DIAN se reconociera la falta de efectos legales de la declaración del impuesto CREE y su sobretasa, correspondientes al año 2016, así como las declaraciones de autorretención efectuadas por la demandante en esa misma anualidad, al considerar que no

estaba obligada a pagar ese tributo, en la medida que había sido derogado a través de la Ley 1819 de 2016.

- Por medio de los actos administrativos demandados, la DIAN negó la devolución del pago de lo no debido por anticipo de sobretasa del impuesto CREE de 2016 (primer y segundo recibos de pago), y el reconocimiento de la falta de efectos legales de las declaraciones presentadas por autorretenciones de los meses de enero, febrero, mayo y junio de 2016, correspondientes al impuesto CREE.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocaron como vulneradas:

- Constitución Política, arts. 29, 83, 95, 209, 338 y 363.
- Estatuto Tributario, art. 565, 594-2, 635, 863 y 864.
- Ley 1437 de 2011, arts. 3º, 36, 42 y 86.
- Código de Comercio, art. 831.
- Ley 1819 de 2016, art. 123, numerales 3 y 4.
- Código de Régimen Político y Municipal, art. 52.
- Código Civil, arts. 27 y 1617.
- Ley 153 de 1887, art. 2.
- Orden Administrativa N|004 de 2002, art. 14.
- Decreto 1625 de 2016, art. 1.6.1.21.27

Como juicio valorativo de vulneración se expresó, en suma, lo siguiente:

- ✓ Expone que las Resoluciones N° 007365 y 007366 de 20 de septiembre de 2019 son nulas por falsa motivación y vulneración al derecho de defensa y debido proceso de EFIGÁS, pues negaron la petición de dejar sin efectos legales la declaración del impuesto CREE del año 2015, pese a que la empresa hizo dicha solicitud respecto al periodo gravable 2016 y no a 2015.

✓ Al referirse al aspecto sustancial de la controversia, aduce que la Ley 1607/12 que instituyó el impuesto CREE, así como los artículos 21 a 24 de la Ley 1739/14 que introdujeron la sobretasa de este tributo, fueron expresamente derogados por el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, que empezó a regir a partir de su promulgación (29 de diciembre de 2016), y con ello, la obligación tributaria respecto al CREE de 2016 no llegó a causarse, pues su fecha de consolidación era el 31 de diciembre de 2016 (por ser un impuesto anual), y para ese momento, cuando EFIGÁS debía liquidar la base gravable y la tarifa, la norma que regulaba el tributo ya no existía.

Controvertiendo el argumento de la DIAN, según el cual, el espíritu de la norma indica que el Legislador no quiso derogar el impuesto CREE correspondiente al año 2016, sostiene que el texto de la Ley 1819/16 es diáfano, por lo que no es dable desatenderlo so pretexto de consultar su espíritu. Acota que de acuerdo con el artículo 594 numeral 2 del E.T., las declaraciones tributarias presentadas por quienes no estén obligados a declarar carecen de efectos jurídicos, sin necesidad de acto administrativo que así lo disponga.

Por otra parte, recalca que a través del Decreto 1828/13 el Gobierno Nacional ordenó el recaudo del CREE a través de la figura de la autorretención, que opera como mecanismo de recaudo anticipado, mas no definitivo, por lo que los pagos llevados a cabo a través de las autorretenciones que hizo EFIGÁS durante el año 2016, no implicaron que el impuesto se hubiera causado, pues esto solo ocurría al vencimiento de la anualidad, el 31 de diciembre de ese año.

Insiste en que si la intención del Legislador hubiese sido dejar vigente el CREE por el año 2016, así lo hubiera expresado al derogar la Ley 1607/12, como en efecto lo hizo con otros artículos derogados respecto a los cuales señaló una fecha diferente para su salida del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, expuso que la DIAN sostuvo a lo largo de la actuación administrativa que la derogatoria del CREE prevista en el canon 376 de la Ley

1819/16 no puede aplicarse de manera retroactiva, pues para el 29 de diciembre de 2019, cuando fue promulgada la norma que derogó este impuesto, el hecho generador del impuesto ya había tenido lugar entre el 1º de enero y el 28 de diciembre de ese año.

Varias apreciaciones suscitaron en la empresa demandante la postura de la DIAN. En primer lugar, indicó, constituye criterio jurisprudencial pacífico que la derogatoria opera de manera inmediata, y en atención a los mandatos establecidos en los cánones 338 y 363 constitucionales, dada la favorabilidad que para el contribuyente representa la derogatoria de un impuesto, esta opera incluso en el mismo periodo gravable; no obstante, ratifica que en este caso no puede hablarse de aplicación retroactiva sino inmediata de una norma, pues el impuesto de 2016 aún no se había causado cuando fue derogado. Finalmente, en relación con este punto, manifestó que los conceptos de la DIAN en cuanto criterio de orden administrativo no pueden estar por encima de la disposición clara del artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, cuyo mandato inobjetable fue derogar a partir de su promulgación la Ley 1607 de 2012, que consagraba el impuesto CREE.

✓ Refirió que a partir del pago realizado por EFIGAS a título del tributo CREE con base en una declaración tributaria que no se encontraba obligada a presentar, se generó un ‘enriquecimiento sin causa’ a favor del Estado, hecho que la jurisprudencia del máximo órgano de esta jurisdicción ha catalogado como fuente de obligaciones y derechos; anotando, adicionalmente, que a partir de las sumas canceladas sin justo título a favor de la DIAN, se generan intereses de mora y legales a su favor, conforme lo preceptuado en los cánones 635, 863 y 864 del Estatuto Tributario, y el canon 1617 del Código Civil.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN** contestó la demanda mediante el escrito que milita de folios 781 a 801 del cuaderno

1C., señalando que niega que en el caso concreto se haya dado una vulneración de la prerrogativa al debido proceso de EFIGÁS S.A. E.S.P., pues la actuación administrativa fue adelantada por funcionarios competentes, respetando su derecho de defensa y exponiendo las razones por las cuales no accedió a la petición de devolución del saldo que le fuera impetrado por la parte demandante; además, dice, frente a la petición de dejar sin efectos las declaraciones del impuesto de renta CREE de 2016, la administración produjo los actos administrativos en los que ratifica su plena eficacia.

Resalta que al tenor de lo estatuido en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política, las normas de orden tributario no pueden ser aplicadas de forma retroactiva como lo pretende la parte actora, pues se busca aplicar una derogatoria promulgada el 29 de diciembre de 2016 a un hecho generador que había tenido ocurrencia entre el 1º y el 28 de diciembre de esa misma anualidad; en ese orden, y en virtud de la seguridad jurídica, durante el año gravable 2016 tanto el Estado como el contribuyente EFIGÁS dirigieron su actuar con la plena convicción de la vigencia del impuesto CREE.

Profundizando en este aspecto, reitera que en derecho tributario la norma aplicable es aquella vigente al momento del nacimiento del hecho generador, por lo que, acudiendo a las Sentencias C-549/93, C-926/00 y C-785/12, concluye que la aplicación retroactiva de la norma únicamente procede si beneficia tanto al Estado como al contribuyente, y en cuanto a la favorabilidad, aduce que se trata de una potestad del legislador definirla, pero en modo alguno corresponde al contribuyente determinar cuándo esta figura tiene aplicación.

En este orden, estima, tratándose de impuestos de periodo, las normas de orden tributario solo aplican al periodo siguiente de promulgación de la norma, en armonía con el contenido del canon 338 de la Carta, por lo que la derogatoria del impuesto CREE solo entra a operar desde el 1º de enero de 2017, tanto así, que, a su juicio, el régimen de transición consagrado en la norma que derogó el impuesto parte de la vigencia del CREE en 2016.

Finalmente, se opone a los intereses pedidos con la demanda, en especial los que tienen su fundamento en el Código Civil, pues en el Estatuto Tributario se hallan regulados de manera especial.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

✓ **PARTE DEMANDADA** /fls. 862-867 cdno. 1 C/: reitera los argumentos expuestos en el escrito de contestación de la demanda, exponiendo que la petición presentada por EFIGÁS S.A. E.S.P. tendiente a la devolución de lo pagado por impuesto CREE incluyó la sobretasa y anticipo de los años 2015 y 2016, por lo que el pronunciamiento de la administración tributaria estuvo circunscrito a dichos planteamientos, así mismo, agrega que no ha de perderse de vista que la declaración del impuesto CREE de 2015 incluye el anticipo sobre la tasa para el año gravable 2016. En todo caso, dice que hizo mención de los actos con los cuales se negó la petición de dejar sin efecto la declaración del año gravable 2016, por lo que el reproche de la parte demandante resulta inocuo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 338 de la Constitución Política, indica nuevamente que las declaraciones y pagos del impuesto CREE correspondientes al año 2016 mantienen su vigencia pese a la derogatoria de la norma que les servía de base, pues la Ley 1819 de 2016 proyecta sus efectos hacia las siguientes vigencias fiscales. En este punto, también refiere que en materia tributaria está proscrita la irretroactividad de las normas.

Finalmente, indica que resulta procedente condenar en costas a la parte actora, por haber incurrido en erogaciones dinerarias como consecuencia de este proceso judicial.

✓ **PARTE DEMANDANTE** /fls. 869-879 cdno. 1 B/: insiste en que como consecuencia de la derogatoria del régimen que regulaba el impuesto CREE el 29 de diciembre de 2016, las declaraciones de autorretención presentadas

por EFIGÁS carecen de efectos legales por ministerio de la ley y debe ordenarse la devolución de lo pagado, so pena de generar un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, además del reconocimiento de los correspondientes intereses de mora. De igual manera, reitera que las Resoluciones N° 007365 y 007366 de 2019 incurrieron en falsa motivación y vulneración del derecho de defensa, porque esa empresa no solicitó que se dejara sin efectos la declaración del impuesto CREE del año 2015.

✓ **MINISTERIO PÚBLICO:** no intervino en esta etapa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora, por modo, se anulen los actos administrativos con los cuales la DIAN negó la solicitud de dejar sin efectos jurídicos las declaraciones y pagos anticipados efectuados por EFIGÁS, por el impuesto de renta para la equidad, CREE, por el año gravable de 2016, y su sobretasa, así como la devolución de las sumas canceladas en virtud de dicho tributo; como consecuencia de ello pide que se ordene a la DIAN devolver los dineros pagados por la vigencia fiscal en mención en relación con el citado tributo.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De conformidad con los planteamientos de las partes, los cuestionamientos a dilucidar son los siguientes:

- ***¿Se vulnera el derecho al debido proceso de la sociedad demandante, por falsa motivación en las Resoluciones 007365 y 007366 de 2019?***

En caso negativo,

- ***¿Estaba obligada EFIGÁS S.A., a declarar y pagar el impuesto de renta para la equidad CREE por el año 2016, pese a que ese tributo fue derogado a través de la Ley 1819 de la misma anualidad?***

(I)

LA PRESUNTA INFRACCIÓN AL DEBIDO PROCESO

El primer cargo de nulidad formulado por la sociedad EFIGÁS S.A. se basa en la supuesta vulneración de su derecho al debido proceso (art. 29 constitucional), en atención a que las Resoluciones N° 007365 y 007366 de 2019, que son 2 de los actos demandados en el sub lite, presuntamente incurrieron en falsa motivación, por cuanto se pronunciaron acerca de la presunta falta de efectos jurídicos de la declaración del impuesto de renta para la equidad “CREE” del año 2015, aspecto que no había sido planteado por la demandante en el debate administrativo.

El artículo 29 de la Carta Política consagra el derecho al debido proceso como una prerrogativa fundamental, de la cual se extrae que se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y dentro de la cual está comprendido el proceso de determinación gubernativo de un tributo, tal como lo expuso la Corte Constitucional en Sentencia C-1201 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra):

“(…) Nótese que el aparte del artículo 29 superior que se transcribió anteriormente, explícitamente dice que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa, de donde se deduce que todo el trámite del proceso de determinación y cobro de los tributos, en cualquiera de sus etapas, debe permitir las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. En tal virtud, la Corte entiende que los derechos de contradicción y controversia tiene vigencia desde la iniciación misma de cualquier procedimiento administrativo tributario, es

decir desde el primer requerimiento hecho por la administración, hasta la conclusión del proceso de cobro coactivo, y debe cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

Reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha afirmado que en virtud de la cláusula general de competencia a que se refieren los numerales (sic) 1° y 2° del artículo 150 de la Constitución, al legislador corresponde regular los procedimientos judiciales y administrativos. En virtud de tal facultad, puede el Congreso definir entre otras cosas, la competencia de los funcionarios para conocer de determinados asuntos, los recursos, los términos, el régimen probatorio, los mecanismos de publicidad de las actuaciones etc. En ejercicio de esta facultad, ha dicho también la Corte, el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración legislativa, limitado solamente por aquellas disposiciones de carácter superior que consagran las garantías constitucionales que conforman la noción de “debido proceso”.

Por lo anterior, y partiendo de una concepción del procedimiento administrativo, y dentro de él el proceso de determinación de las obligaciones tributarias, que lo entiende como un conjunto de actos independientes pero concatenados con miras a la obtención de un resultado final que es la decisión administrativa definitiva, cada acto, ya sea el que desencadena la actuación, los instrumentales o intermedios, el que le pone fin, el que comunica este último y los destinados a resolver los recursos procedentes por la vía gubernativa, deben responder al principio del debido proceso” /Resalta el Tribunal/.

En la misma línea hermenéutica, el supremo tribunal constitucional estableció en la Sentencia T-295 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz delgado), que una de las reglas que subyace a esta prerrogativa fundamental es la observancia de las reglas propias de cada juicio, que no es otra cosa que la obligación que se impone a la entidad o servidor que adelante un procedimiento, tendiente a no separarse de los cánones legales que regulan el trámite y desarrollo del mismo, así como la prohibición de omitir etapas o elementos procedimentales, cuya desatención permita el desconocimiento de las garantías que le asisten a los sujetos involucrados en la actuación.

A su vez, el Consejo de Estado¹ ha reconocido que no cualquier irregularidad que se presente durante el trámite, tiene la connotación de una cortapisa a este derecho fundamental, pues debe ostentar la entidad suficiente para turbar su núcleo esencial, haciendo nugatoria la prerrogativa del contribuyente, de modo que corresponde al juzgador evaluar, en función de los pormenores del caso, la incidencia de la situación planteada en el ejercicio del derecho que se dice desconocido.

De ahí que la situación expuesta por EFIGÁS S.A. E.S.P. como base de la supuesta infracción a su prerrogativa al debido proceso administrativo no halle eco de prosperidad.

En efecto, una vez revisado el expediente administrativo y específicamente el trámite identificado con el número de radicación DI 20152018667, se observa que la sociedad demandante formuló solicitud tendente a que se dejara sin efectos jurídicos la declaración del impuesto de renta para la equidad “CREE” del año gravable 2016, las declaraciones de autorretención y la devolución de lo pagado a título de sobretasa del aludido tributo, petición en la que EFIGÁS S.A. E.S.P. también expresó lo siguiente (CD cdno. 2, fl. 6):

‘Ahora bien, los pagos que originan esta devolución

¹ Al respecto ver la sentencia de veintinueve (29) de agosto de 2019, con ponencia del Dr. Julio Roberto Piza Rodríguez en el expediente N° 23.789

por valor total de \$ 12.798.383.000 se discrimina
(sic) así:

...

b) El anticipo de sobretasa del CREE del año gravable 2016, declarado y pagado con ocasión de la de CREE del año gravable 2015, por valor de \$ 4.343.286.000, fue incluido en el renglón 53 de la declaración del CREE del año gravable 2016...’

De ahí que como acertadamente lo sostiene la DIAN, no resulte extraño que en los citados actos administrativos se haga referencia no solo a la declaración del impuesto CREE de 2016, sino al denuncia rentístico de 2015, pues parte de las sumas cuya devolución solicitó EFIGÁS S.A. E.S.P., si bien hacían parte de la sobretasa del impuesto de 2016, fueron pagados a título de anticipo en la declaración tributaria de 2015, por lo que de suyo era menester que la administración de impuestos, para pronunciarse debidamente sobre la solicitud de devolución presentada por la parte actora, incluyera dentro de sus referencias y argumentos la declaración del año 2015.

Adicionalmente, no por el hecho de que el pronunciamiento de la DIAN haya incluido planteamientos acerca de la declaración de 2015, puede afirmarse que la entidad demandada se haya sustraído de pronunciarse sobre lo que EFIGÁS planteó como eje del debate jurídico, pues si se observa el contenido de las Resoluciones N° 7365 y 7366 de 2019 /fls. 95-159 y 159-166/, allí se halla el desarrollo de los argumentos que propuso la sociedad demandante y que emergen como puntos de debate en el sub lite. ’

En concreto, la administración del tributo resolvió sobre la procedencia de devolver lo pagado por impuesto CREE por EFIGÁS, quien sostiene que no le asistía dicha obligación a raíz de la derogatoria de la norma que creó ese tributo con la expedición de la Ley 1819 de 2016, así como el supuesto enriquecimiento sin causa a favor de Estado por dichos pagos, elementos que

constituyen el punto medular de esta controversia, por lo que esta Sala no advierte que su prerrogativa al debido proceso se haya desconocido, por lo menos en función de la situación expuesta.

Más aún, lo manifestado en este sentido está lejos de configurar una supuesta falsa motivación en las declaraciones administrativas cuestionadas. Vale la pena recordar que este vicio de los actos administrativos se configura en específicas circunstancias conforme lo ha prohijado el Consejo de Estado en su Sección 4ª (sentencia de 7 de octubre de 2021, Exp.20001-23-33-000-2014-00337-0123797, M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto):

“Conforme al artículo 137 del CPACA, norma vigente para cuando se expidieron los actos demandados en este proceso, la falsa motivación es una de las causales de nulidad de los actos administrativos. Para que se configure dicha causal de nulidad es necesario verificar:

(i) la existencia de un acto administrativo que esté motivado, pues de lo contrario, se estaría frente a una causal de anulación distinta, la de falta de motivación y

(ii) la evidencia de divergencia entre la realidad fáctica o jurídica que induce a la expedición del acto y los motivos de hecho o de derecho que la Administración tuvo en cuenta para adoptar la decisión objeto de cuestionamiento por parte del administrado. De este modo, quien alegue la nulidad de un acto administrativo por falsa motivación, debe probar: (a) error de hecho:

(i) porque los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa o (ii) porque esta omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente o (b) error de derecho ante el desconocimiento de los supuestos

jurídicos que debían fundamentar la decisión, ya sea, (i) por inexistencia de la norma invocada por la autoridad administrativa, (ii) por ausencia de relación entre la norma invocada por la entidad y los hechos objeto de su decisión o (iii) por errónea interpretación...” /Resaltado del Tribunal/.

La regla hermenéutica en cita permite dar mayor firmeza a la tesis del Tribunal sobre la inexistencia de falsa motivación, pues lejos de acreditar una asimetría o incoherencia entre los fundamentos fácticos de la actuación administrativa y las motivaciones que tuvo en cuenta la DIAN, lo planteado por EFIGÁS se limita a que la administración tributaria aludió a una supuesta petición de pérdida de efectos jurídicos de una declaración tributaria de 2015, cuando en realidad lo planteado se refería al año gravable 2016, situación que, como se anotó, lejos de configurar el vicio alegado, resultaba apenas natural, pues los argumentos expuestos por EFIGÁS incluían pagos anticipados del impuesto CREE de 2016 que estaban incluidos en la declaración de 2015, sin que por ello la DIAN haya dejado de abordar los planteamientos que se refieren a la legalidad del pago del impuesto de 2016.

Luego, no advierte esta colegiatura que lo manifestado en tal sentido haya comportado un desconocimiento de la prerrogativa fundamental invocada, y menos una falsa motivación en los actos referidos o una irregularidad que hubiera alterado el contenido de la decisión demandada, aspecto que conlleva a desestimar este cargo de anulación.

(II)

LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR Y PAGAR EL IMPUESTO CREE DE 2016

Pasando al punto central del debate, corresponde a esta Sala Plural de Decisión dilucidar si le asistía obligación a EFIGAS S.A. de declarar y pagar el impuesto de renta para la equidad “CREE” por el año gravable 2016, o si este

deber legal carecía de fundamento por haber sido derogada la norma que creó el mencionado tributo, poco antes de finalizar el año gravable 2016.

El impuesto sobre la renta para la equidad CREE fue concebido en el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012, en los siguientes términos:

“Créase, a partir del 1o de enero de 2013, el Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) como el aporte con el que contribuyen las sociedades y personas jurídicas y asimiladas contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta y complementarios, en beneficio de los trabajadores, la generación de empleo, y la inversión social en los términos previstos en la presente ley (...)”

El hecho generador del impuesto fue definido en el artículo 21 del mismo esquema disposicional, que a la sazón indicaba:

“El hecho generador del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE) lo constituye la obtención de ingresos que sean susceptibles de incrementar el patrimonio de los sujetos pasivos en el año o período gravable, de conformidad con lo establecido en el artículo 22 de la presente ley.

Para efectos de este artículo, el período gravable es de un año contado desde el 1o de enero al 31 de diciembre” (...) /Resalta el Tribunal/.

Más adelante, se creó la sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad CREE a través de la Ley 1739 de 2014, que en su artículo 21 disponía en lo pertinente:

“Créase por los periodos gravables 2015, 2016, 2017 y 2018 la sobretasa al impuesto sobre la renta para la equidad (CREE), a cargo de los contribuyentes señalados en el artículo 20 de la Ley 1607 de 2012”.

En cuanto a la forma de recaudo del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 37 de la Ley 1607 de 2012², expidió el Decreto 1828 de 2013, que estableció el sistema de autorretención en el artículo 2°:

“Autorretención. A partir del 1° de septiembre de 2013, para efectos del recaudo y administración del impuesto sobre la renta para la equidad - CREE, todos los sujetos pasivos del mismo tendrán la calidad de autorretenedores.

Para tal efecto, la autorretención de este impuesto se liquidará sobre cada pago o abono en cuenta realizado al contribuyente sujeto pasivo de este tributo, de acuerdo con las siguientes actividades económicas y a las siguientes tarifas (...)”

Igualmente, el canon 3° del mismo ordenamiento decretal, prescribió que dichas autorretenciones debían declararse y pagarse de manera mensual por los sujetos pasivos del impuesto.

Finalmente, las normas que creaban y regulaban el impuesto sobre la renta para la equidad CREE fueron derogadas por el artículo 376 de la Ley 1819 de 29 de diciembre de 2016, publicada en el Diario Oficial N° 50.101 de la misma fecha, mandato que se reproduce a continuación:

“VIGENCIAS Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación, deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y en especial las siguientes: (...)

2. A partir del año gravable 2018, incluido: los numerales 1, 2, 7 y 8 del artículo 207-2 del Estatuto Tributario.

² “El Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y la tarifa del impuesto, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dicha tarifa. El Gobierno Nacional podrá establecer retenciones en la fuente con el fin de facilitar, acelerar y asegurar el recaudo del Impuesto sobre la Renta para la Equidad (CREE), y determinará los porcentajes tomando en cuenta la cuantía de los pagos o abonos y la tarifa del impuesto, así como los cambios legislativos que tengan incidencia en dicha tarifa”.

3. De la Ley 1607 de 2012: artículos 17, 20, 21, 22, 22-1, 22-2, 22-3, 22-4, 22-5, 23, 24, 25, 26, 26-1, 27, 28, 29, 33, 37, 165, 176, 186 y 197.

4. De la Ley 1739 de 2014: artículos 21, 22, 23 y 24” (...) /Resaltados del Tribunal/.

La principal confrontación de los extremos procesales en el sub iúdice radica en el alcance de la derogatoria dispuesta en este artículo, pues la parte actora estima que con esta prescripción normativa, su obligación de declarar y pagar el impuesto CREE en el año 2016 no llegó a consolidarse, mientras que, para la DIAN, la derogatoria de este impuesto sólo resulta aplicable a partir del año gravable 2017.

En este orden, el canon en cita es categórico al indicar que la norma rige desde su promulgación, y en efecto, como lo aduce la parte actora, la promulgación de una norma ocurre con su inserción en el Diario Oficial, a voces de los artículos 52 y 53 de la Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal):

“La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción.

Artículo 53. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes:

1°. Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado (...) /Destaca el Tribunal/.

Si se tiene en cuenta el contenido de estas normas y la explícita prescripción contenida en el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016, podría deducirse con claridad que ese esquema disposicional entró a regir el veintinueve (29) de

diciembre de 2016, fecha en la que fue promulgada en el Diario Oficial (Nº 50.101 de esa misma data, se recuerda).

Otro punto que es menester incluir en el análisis, es que en el caso puntual del impuesto sobre la renta para la equidad CREE, la obligación tributaria únicamente se causa al finalizar la respectiva vigencia fiscal, como ocurre con todos los impuestos de periodo. Así lo describió el Consejo de Estado al desentrañar la noción de tributos de periodo, aludiendo al de renta y complementarios, que en Sentencia de diecisiete (17) de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, en el expediente identificado con Nº 19.872 se manifestó:

“... la Sala advierte que la violación del inciso tercero del artículo 338 de la Constitución Política, alegada, parte de una interpretación errada del inciso tercero de la norma, que se refiere a los tributos que tienen una base gravable constituida por diferentes hechos gravables acaecidos durante un periodo determinado, como ocurre con el impuesto sobre la renta, en el que los ingresos del año gravable, que empieza el 1º de enero y termina el 31 de diciembre, se acumulan y luego son depurados mediante la sustracción de los costos, las deducciones y las exenciones, para obtener la base gravable ...” /Subrayado del Tribunal/.

En análogo sentido a lo que ocurre con el impuesto de renta y complementarios, el impuesto sobre la renta para la equidad CREE, como típico impuesto de periodo, se causaba al finalizar el año gravable, que como lo expresaba con contundencia el artículo 21 inciso 2º de la derogada Ley 1607 de 2012, correspondía al periodo comprendido entre el primero (1º) de enero y el treinta y uno (31) de diciembre de cada año. En este orden, podría interpretarse que como lo sostiene la demandante, la obligación tributaria no se había consolidado al veintinueve (29) de diciembre de 2016, cuando fue promulgada y empezó a tener vigencia la Ley 1819 que derogó el impuesto en mención.

Sin embargo, los mandatos que se han dejado reproducidos también deben entenderse en el marco de los principios que rigen el sistema tributario, específicamente los de legalidad e irretroactividad de las normas sobre tributos consagrados en normas supralegales, como lo son los cánones 338 y 363 de la Carta Política:

“ARTICULO 338. En tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales podrán imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

(...) Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

(...) ARTICULO 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad.

Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad” /Resaltados de la Sala/.

Así las cosas, atendiendo al mandato superior previsto en el artículo 338 inciso 3º de la Constitución Política, las normas que regulan tributos de periodo, es decir, aquellos cuyo hecho generador tenga lugar durante un lapso determinado, solo serán aplicables a partir del periodo siguiente a la promulgación de la respectiva disposición normativa. El sentido de esta disposición constitucional también se acompasa con otros elementos de orden sustancial, como el establecimiento de beneficios para el contribuyente y el momento a partir del cual se consolidan las obligaciones tributarias.

Estas situaciones han suscitado pronunciamientos tanto en sede constitucional como en la contenciosa administrativa, en los que se ha

decantado el alcance de la aplicación en el tiempo de las normas tributarias, principalmente cuando contienen elementos favorables a los contribuyentes, o cuando se promulgan sin que las situaciones se hayan consolidado.

En la Sentencia C-006 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), la Corte Constitucional indicó que el mandato de irretroactividad de las normas sobre tributos representa una novedad sustancial del texto fundamental de 1991 respecto a su similar de 1886, que no lo contemplaba, a tal punto que la jurisprudencia emanada de las altas cortes hasta 1990 avalaba la posibilidad de aplicación retroactiva de tales normas. Así mismo, concluye que a partir de 1991 se elevó a canon constitucional la noción de impuestos de periodo y se introdujeron elementos diáfanos con el único fin de proteger al contribuyente. El pronunciamiento es del siguiente tenor:

“(...) Los principios precedentes constituyen garantías para los contribuyentes que los amparan de un ejercicio abusivo de la soberanía tributaria y de los excesos en que pueda incurrir eventualmente un Estado alcabalero. Por eso señaló la Corte³:

“El fundamento jurídico de las aludidas limitaciones al poder del Congreso, las asambleas y los concejos no es otro que el criterio de justicia, preconizado por la Constitución desde su Preámbulo. Como en el caso de la imposición de sanciones, la de tributos requiere la predeterminación de los mismos y de las reglas exigibles a los contribuyentes a objeto de evitar el abuso del gobernante y de permitir a quienes habrán de pagarlos la planeación de sus propios presupuestos y la proyección de sus actividades tomando en consideración la carga tributaria que les corresponderá asumir por razón de ellas. La persona debe estar preparada para cancelar el impuesto y, por tanto, sufre

³. Sentencia C-149 de 22 de Abril de 1993.

daño cuando la imposición de gravámenes cubre situaciones o hechos que ya están fuera de su control y previsión. En tal caso, si el no pago del impuesto es castigado, como es normal que ocurra (...), la persona resulta condenada injustamente, lo cual quebranta postulados básicos de todo sistema jurídico".

"Téngase presente el mandato contenido en el artículo 95, numeral 9º, de la Constitución, a cuyo tenor es deber de la persona y del ciudadano contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, pero "dentro de conceptos de justicia y equidad".

3.3. Establecido lo anterior, cabe indagar si las previsiones del inciso tercero del artículo 338 superior que se acaba de examinar se imponen como marco de la conducta legislativa para las regulaciones que suprimen o reducen una obligación tributaria, esto es, si la norma respectiva tiene aplicación a partir del período que sigue después de iniciarse su vigencia, o puede comenzar a regir en forma inmediata.

La Corte Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular y su criterio constante sobre el tema ha sido, el de que no es aplicable, para estos casos, el inciso 3 del art. 338, por razones de justicia y equidad. Así se expresó⁴:

"Si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, sí puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas

4. Sentencia C-527 del 10 Octubre de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía

al contribuyente, modificando las regulaciones en relación con períodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: el que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe".

- Es claro que el objetivo que movió la voluntad del Constituyente al incorporar al cuerpo constitucional la norma en cuestión, fue el de precisar con valor inobjetable todos los elementos que jurídica y técnicamente entran en la formulación de un tributo y que tienen que ver con la asignación de competencias, los factores esenciales que integran la noción y los requisitos y limitaciones a las cuales deben someterse las autoridades para establecer la obligación fiscal. La finalidad que enmarca tal ejercicio, no es otra que la de impedir todo asomo de arbitrariedad fiscalista y proteger los derechos de los contribuyentes.

- Al limitarse en el tiempo la aplicación inmediata de una norma que regula un impuesto de período se busca favorecer al contribuyente, así sea en desmedro del erario, para defender en cierta medida el patrimonio de aquél y otorgarle la elemental oportunidad de que programe el gasto y ordene los medios que le permitan asumir su costo. En eso no hay nada de extravagante ni censurable, y por el contrario, ello responde a finalidades que se adecuan al principio de equidad y al de una justicia tributaria claramente cifrada sobre la realidad social.

Todo lo expuesto lleva a concluir en que el artículo 338 superior constituye ciertamente una regulación exclusivamente dirigida a la imposición de tributos, es decir, al diseño y establecimiento de una carga fiscal, de manera que no es aplicable cuando el legislador pretende, por el contrario, modificar o suprimir tales obligaciones.

Por lo mismo, las normas que derogan tributos o establecen medidas que eximen o disminuyen de tales obligaciones a los contribuyentes, tienen efecto general inmediato y principian a aplicarse a partir de la promulgación de la norma que las establece, salvo, por supuesto, que el legislador expresamente haya establecido reglas específicas para su vigencia”
/Resaltados y negrillas de la Sala/.

Este criterio ha sido reiterado en varias providencias, como la Sentencia C-785 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), en la que además de ratificar la posibilidad de aplicar en un mismo periodo una norma benéfica para el contribuyente, la corte incorporó en su argumentación el concepto de derechos adquiridos a partir de situaciones jurídicas consolidadas. Así razonó en esa oportunidad:

“(…) La irretroactividad de la ley tributaria pretende en esencia salvaguardar el principio de seguridad jurídica. En efecto, el hecho de que la norma tributaria tenga como característica el ser antecedente a la producción de las consecuencias normativas que establece, garantiza que el beneficiario o destinatario de la disposición la conozca, impide que el receptor o receptores de la norma tributaria sean sorprendidos con el gravamen y salvaguarda el principio constitucional de legalidad. Si bien es cierto, el principio es general en relación con la irretroactividad de la ley tributaria, la Corte Constitucional ha entendido que su aplicación no puede ser absoluta, en aquellos eventos en los cuales se disponen modificaciones que resultan benéficas al contribuyente.

(…) No obstante lo anterior, esta Corporación ha modulado la excepción citada, en el sentido de que la posibilidad de reconocer efectos retroactivos a leyes

tributarias está atada a la presencia de situaciones jurídicas consolidadas⁵. Al respecto se indicó que el concepto de derechos adquiridos está intrínsecamente vinculado con la garantía de protección de situaciones jurídicas consolidadas, lo cual a su vez, está relacionado con el principio de irretroactividad de la ley, según el cual los efectos retroactivos de las leyes en materia tributaria no pueden afectar situaciones ya reconocidas y cuyos efectos se hayan dado bajo una legislación anterior, por lo cual este principio prohíbe en materia de tributos que una ley tenga efectos con anterioridad a su vigencia, salvo que se trate de una disposición favorable para el contribuyente”/Resalta el Tribunal/.

Finalmente, y en aras de ahondar sobre la vigencia de dicho criterio, en la Sentencia C-235 de 2019 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), el tribunal constitucional volvió a aludir a que,

*“(...) Este Tribunal ha reiterado que “los efectos producidos por la ley tributaria en el pasado debe respetarlos la ley nueva, es decir, que las situaciones jurídicas consolidadas no pueden ser desconocidas por la ley derogatoria”*⁶. Lo expuesto en momento alguno pretende proscribir cualquier tipo de modificación de las leyes tributarias, ni limitar su libertad de configuración legislativa, pues solamente persigue que *“una vez que el legislador ha establecido unas condiciones bajo las cuales los contribuyentes realizan una inversión, hacen una operación, se acogen a unos beneficios, etc., éstas no pueden ser modificadas posteriormente en detrimento de sus intereses, porque la conducta del contribuyente se adecuó a lo previsto en la norma vigente al momento de*

⁵ Sentencia C- 952 de 2007.

⁶ Sentencias C-393 de 1996, C-604 de 2000

realizarse el acto correspondiente y de acuerdo con las exigencias por ella previstas”⁷.

Esta regla general no es absoluta y, en tal sentido, la Corte ha aceptado una excepción cuando la norma dispone variaciones favorables al contribuyente⁸.

(...) Puntualmente, frente a las normas con efectos retroactivos, se ha indicado que “si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, sí puede aplicarse en el mismo periodo sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución. La prohibición contenida en esta norma está encaminada a impedir que se aumenten las cargas del contribuyente, modificando las regulaciones en relación con periodos vencidos o en curso. La razón de la prohibición es elemental: El que el Estado no pueda modificar la tributación con efectos retroactivos, con perjuicio de los contribuyentes de buena fe”⁹” /Destacados son del Tribunal/.

Por otra parte, el mandato de irretroactividad de la ley tributaria y sus efectos en el tiempo también han sido elementos fundantes de la jurisprudencia construida en sede contenciosa administrativa. Sin embargo, el Consejo de Estado aun cuando reconoce la existencia de los pronunciamientos constitucionales sobre la materia, ha desarrollado el tema utilizando parámetros más estrictos, y haciendo una interpretación menos flexible de la aplicación de normas tributarias favorables.

De los pronunciamientos más recientes, el Tribunal trae a colación el proferido por la Sección Cuarta el veintitrés (23) de noviembre de 2018, con ponencia de la Magistrada Stella Jeannete Carvajal Basto en el expediente

⁷ Sentencias C-604 de 2000 y C-809 de 2007, entre otras.

⁸ Sentencia C-785 de 2012.

⁹ Sentencia C-527 de 1996.

identificado con número interno 22.392. En esa oportunidad, en lo que atañe al presente litigio, el órgano de cierre hizo hincapié en la posibilidad de aplicación retroactiva de normas tributarias a hechos ocurridos en el periodo que se encuentre en curso al momento de su promulgación, limitando esta opción a que el legislador así lo determine expresamente. De otro lado, circunscribió la existencia de la favorabilidad en materia tributaria únicamente al ámbito sancionatorio y no al sustancial.

El pronunciamiento es del siguiente tenor:

“(…) Debe tenerse en cuenta que el principio constitucional de legalidad tributaria, expresión del principio de representación popular y forma material del de predeterminación de los tributos, así como los postulados de distribución de las cargas públicas, sostenibilidad fiscal y separación de poderes, y la trascendencia social y económica de las razones que orientan las políticas fiscales sobre regulación de tributos de periodo, permiten resaltar que el llamado a determinar los efectos en el tiempo de ese tipo de regulaciones es el legislador, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 150 (num. 12) de la CP, en concordancia con el artículo 11 del CC. Lo anterior permite concluir que, en tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas en impuestos de periodo, es dable la aplicación de normas tributarias benéficas para el contribuyente, en forma inmediata, si así lo establece el legislador. En sentido contrario, si el legislador no lo prevé, se aplica el principio general de irretroactividad de la ley en materia tributaria respecto de impuestos de periodo.

(…) Así, no se discute en el ordenamiento fiscal actual un criterio de retroactividad in bonus o in bonam parte, a merced del cual las “disposiciones sancionatorias” más favorables pueden aplicarse retroactivamente, con base

en la autorización legal dada por las reformas tributarias de los años 2012 (Ley 1607, art. 197) y 2016 (Ley 1819, art. 282) para aplicar normas tributarias posteriores permisivas o favorables, en cuanto tales leyes así lo dispusieron. En ese orden y comoquiera que la tesis jurídica del concepto acusado coincide con lo ya expuesto, en cuanto señaló que en derecho tributario el principio de favorabilidad solo es predicable en materia sancionatoria y que la modificación legal de alguno de los elementos constitutivos de un impuesto de periodo, en aras de los principios de legalidad e irretroactividad, solo es aplicable a partir del periodo fiscal siguiente a la fecha de su promulgación, que precisa la Sala es la regla general, se negarán las pretensiones de la demanda. No obstante lo anterior, en tratándose de situaciones jurídicas no consolidadas en impuestos de periodo, es dable la aplicación de normas tributarias benéficas para el contribuyente, en forma inmediata, si así lo establece el legislador” /Resaltados del Tribunal/.

Finalmente, el Tribunal estima hacer alusión, de manera principal, a la Sentencia proferida por la misma sección el veintisiete (27) de junio de 2019 dentro del expediente N° 22.421, con ponencia del magistrado Julio Roberto Piza Rodríguez. De un lado, porque constituye el antecedente más reciente, además de referirse de manera puntual y concreta a la interpretación que debe darse al inciso 3° del artículo 338 constitucional, cuando se trata de impuestos de periodo y la derogatoria de la norma que los contiene ocurre antes de consolidarse la obligación tributaria.

En dicha providencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo hace un análisis pormenorizado de los pronunciamientos emanados de la Corte Constitucional a los que se ha hecho alusión a lo largo de este pronunciamiento, reconociendo que si bien esa corporación hizo referencia a la aplicación inmediata de las normas benéficas a los contribuyentes tratándose de impuestos de periodo, esa postura no constituye precedente

judicial sobre el particular, pues se trata de un dicho de paso (*obiter dictum*) y no de la razón principal de dichas decisiones (*ratio decidendi*).

Así mismo, llama la atención sobre la claridad que ofrece el canon constitucional acerca de la entrada en vigencia de las normas tributarias, el cual no está llamado a generar confusiones o interpretaciones diferentes, para finalmente reiterar que sólo el Congreso de la República puede modular de manera expresa los efectos temporales de la ley tributaria, y que la favorabilidad sólo se halla concebida en materia de impuestos, tratándose del régimen sancionatorio.

Sobre lo anterior, se reproduce en lo pertinente la sentencia en mención al referirse sobre los artículos 338 y 363 constitucionales:

(...) Basta leerlas para comprender el mandato que incorporan. Tienen la pretensión de automatizar el examen constitucional de las decisiones legislativas que dotan de efectos retroactivos a las normas tributarias, zanjando toda duda acerca de la inadmisibilidad de las posibles formas de retroacción que pudieran presentarse; deslegitiman, con una regla apriorística, cualquier ejercicio de ponderación que se plantee entre seguridad jurídica y libertad de configuración normativa tributaria, pues siempre primará aquella sobre esta.

(...) Por esas circunstancias, no cabe entender que lo afirmado por la Corte Constitucional en esa providencia en el sentido de que «las derogaciones tributarias, cuando benefician al contribuyente, tienen efecto general inmediato y, por tanto, principian a aplicarse a partir de su promulgación, a menos que el legislador, de manera expresa, advierta lo contrario», representa la expresión de las conclusiones de un análisis completo, depurado, reflexivo, deseado, general y válido para todos los casos sobre los efectos que tienen en el tiempo las normas derogadoras de tributos. Aunque alílocuo

(grandilocuente, anota el Tribunal), se trata de un argumento accidental, de un obiter dictum que no constituye un criterio de decisión de casos siguientes, pues se dijo solo para superar la eventual desigualdad de una norma que había derogado una deducción tributaria. 8- Con todo, a lo largo de los años la reiterada cita descontextualizada del párrafo transcrito de la sentencia C-185 de 1997 llevó a entender que la Corte Constitucional estableció la «*favorabilidad*» como un criterio de aplicación de las normas tributarias en el tiempo. La conclusión es desacertada por varios motivos. El más relevante es que el juicio no se siguió sobre una norma adversa a los intereses de los contribuyentes, de modo que nada de lo que se haya manifestado en la sentencia sobre aplicación de las normas beneficiosas tiene el alcance de ratio decidendi.

(...).En toda regla, esa sentencia C-063 de 1998 (no contemplada por los demandantes) representó un caso de *overruling* o cambio de precedente, pues se moduló la fuerza vinculante de las consideraciones planteadas a partir de la sentencia C-185 de 1997, toda vez que el propio tribunal encontró que se habían afirmado de forma muy amplia y requería precisar que la derogatoria de tributos en ningún caso podría tener efectos retroactivos (impropios), a menos de que lo señalara expresamente el legislador. La segunda razón obedece a que las proclamaciones hechas en la sentencia C-006 de 1998 confrontan axiológicamente el sistema constitucional colombiano porque contrarían el ordinal 1.º del artículo 150 de la Constitución, que fija como competencia privativa del legislador derogar las leyes que componen el ordenamiento, y porque instauran un prejuicio interpretativo cuyo razonamiento de base es una equiparación entre las normas punitivas y las impositivas, desatendiendo que unas y otras responden a

justificaciones y bases teóricas diversas. 10.2- En efecto, la única circunstancia para la que se prevé la «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» es la consagrada en el artículo 29 constitucional, por medio del cual se fijan los criterios de aplicación de las normas en las cuales el Estado ejerce el *ius puniendi*.

(...) El fundamento de esa «favorabilidad» o «retroactividad in bonus» está ligado a los fines que justifican la imposición de sanciones o penas. No se trata de una regla contemplada para resolver conflictos relacionados con la eficacia temporal de dos normas respecto de las cuales se encuentra plenamente definido el momento de inicio de su vigencia, sino de una regla de valoración sobre el reproche atribuible a una conducta cuando la ley que establecía su desvalor para la época en que fue realizada cede por cuenta de una posterior decisión legislativa que disminuye o elimina por completo el reproche punitivo que se le venía otorgando a la acción. Esa categoría de conceptos para definir las normas aplicables a un caso no es trasladable desde el ámbito penal al tributario, pues delitos y tributos no son instituciones conmutables. El desvalor de los primeros, que propicia el correspondiente nivel de reproche, de ninguna manera está presente en los segundos, que constituyen una realización del principio de solidaridad dirigido a brindarle al Estado los medios financieros con los cuales atender las tareas que le han sido asignadas constitucional y legalmente.

(...) - En resumidas cuentas, esta Sala juzga que, por las razones arriba expuestas con detalle, no existe el precedente jurisprudencial alegado en la acusación. Así las cosas, ni de la Constitución, ni de la ley, ni de la jurisprudencia vigente, surge el principio de favorabilidad como un mandato que imponga la forzosa

aplicación inmediata de las normas que modifican de manera beneficiosa los elementos de los tributos de periodo. Por esa razón, no entraña ninguna ilegalidad el acto acusado pues, tanto en la tesis que afirma como en el análisis jurídico que realiza, deja en claro que en el ámbito tributario la «favorabilidad» no representa un precepto que habilite al destinatario de la norma a plantear la aplicación de la disposición novedosa antes de que inicie su vigencia, a partir de ejercicios interpretativos sobre el favor o desfavor que conlleva
(...) /Los resaltados no son del texto original/.

En conclusión, en armonía con la postura asumida por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo y las reglas hermenéuticas introducidas por vía jurisprudencial, si bien le asiste razón a la parte actora al afirmar que de manera genérica el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 estableció que esta norma regía a partir de su promulgación, que tuvo lugar el veintinueve (29) de diciembre de ese año, y con ello habría lugar a concluir que su entrada en vigor tuvo lugar desde esa data, mal podría otorgarse a ese mandato una intelección diferente o contraria a la que de manera categórica impone el precepto supralegal consagrado en el artículo 338 inciso 3º de la Carta Política.

Como ya se anotó, el impuesto de renta para la equidad CREE creado por la Ley 1607 de 2012 constituía sin lugar a dudas un impuesto de periodo, por lo que las normas que lo modificaron o aquella que finalmente lo derogó, únicamente entraban en vigencia a partir del periodo siguiente a aquel en que fue promulgada la norma, se itera, por expreso y categórico mandato constitucional, atendiendo de manera adecuada el postulado de supremacía del texto fundamental (art. 4 C.P.).

De otro lado, expresa la sociedad demandante que la obligación de declarar y pagar el impuesto CREE de 2016 solo se consolidaba el treinta (31) de diciembre de ese año, atendiendo a su carácter periódico y a lo previsto en el artículo 22 de la derogada Ley 1607 de 2012. Aun cuando esa aseveración

es veraz, también lo es que contrasta con la verdadera fecha en la que la norma derogatoria se incorporó al ordenamiento jurídico, que como ya se anotó, corresponde al periodo siguiente, es decir, el año gravable 2017, cuando la obligación tributaria ya se había causado y tenía pleno fundamento jurídico.

Finalmente, la parte actora acude a la favorabilidad como elemento que a su juicio, permitiría entender que la derogatoria del impuesto CREE operó inmediatamente promulgada la Ley 1819 de 2016, sin violentar el ordenamiento superior, es decir, que ese tributo quedó derogado el a partir de ese momento.

Frente a este punto, la postura jurisprudencial vigente de esta jurisdicción especializada resulta enfática al restringir la aplicación de la favorabilidad en el ámbito tributario a los procesos sancionatorios, proscribiendo de manera explícita su utilización para definir, por vía de interpretación, la fecha de entrada en vigencia de las normas, o la aplicación de estas de manera anticipada por vía retrospectiva o de ‘retroactividad impropia’¹⁰, potestad que itera, corresponde de manera exclusiva al legislativo.

Lo anterior, dados los ribetes conceptuales de la favorabilidad en el marco del poder punitivo estatal, y la imposibilidad de asimilarlos a una figura tan diferente como los elementos sustanciales del tributo, así como el carácter de orden público y de interés general que subyacen al concepto de impuesto, como ya lo avizoraba la Corte Constitucional en la Sentencia C- 235 de 2019, citada líneas atrás.

En este orden, ninguna prescripción explícita adoptó el legislador en el artículo 376 de la Ley 1819 de 2016 sobre el momento a partir del cual entraba a regir la derogatoria del impuesto CREE, como sí lo hizo con otras

¹⁰ Dijo el Consejo de Estado en la última de las sentencias aludidas “Con el ánimo de obviar esa clase de discusiones y para cerrarle puertas tanto a la retroactividad propia (*i.e.* la producida cuando las nuevas disposiciones regulan supuestos de hecho de periodos ya concluidos), como a la retroactividad impropia (*i.e.* la que tiene lugar cuando las nuevas normas inciden sobre hechos imponderables que se están desarrollando en el periodo gravable en curso), nuestra Constitución adoptó reglas estrictas sobre la materia.”

normas del mismo texto legal, por lo que ha de entenderse que dicha derogatoria se ciñe a la regla constitucional multicitada, prevista en el artículo 338 inciso 3° Superior y, en consecuencia, solo estaba llamada a producir efectos en el periodo siguiente, el año gravable 2017.

Así mismo, al abordar un problema jurídico afín al que ahora ocupa la atención del Tribunal, el Consejo de Estado determinó que las menciones que de manera marginal se hacen en algunas sentencias de constitucionalidad, no devienen en regla que de manera imperativa dispongan la aplicación inmediata de normas benéficas tratándose de impuestos de periodo, por el contrario, estima suficientemente claro y contundente el precepto constitucional que cierra la puerta a esta interpretación, la cual contradice de manera directa el viraje que le dio el constituyente al sistema tributario a partir del 1991, específicamente con la introducción del mandato de irretroactividad.

Colofón de lo expuesto, la declaración y pago del impuesto sobre la renta para la equidad CREE de 2016 efectuados por EFIGAS S.A., así como las declaraciones de autorretención de ese periodo gravable, contaban con una causa jurídica válida, que residía en los mandatos de la Ley 1607 de 2012, que aunque fue derogada posteriormente por la Ley 1819 de 2016, desaparición del ordenamiento jurídico sólo operaba a partir de la vigencia fiscal siguiente, atendiendo que se trataba de un impuesto de periodo.

Todo lo expuesto, fuerza por modo, a denegar las pretensiones de la parte nulidiscente.

PRCEDENTE DEL TRIBUNAL

En esta oportunidad, esta Sala ratifica el criterio expuesto en un asunto de similares ribetes fácticos plasmado en sentencia de 11 de diciembre de 2020, en el expediente 2019-00348-00, donde también fungieron como partes EFIGÁS S.A. E.S.P. y la DIAN.

COSTAS.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11, se condenará en costas a la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en el 3% de lo pretendido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo PSAA-16-10554 de cinco (5) de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo discurrido es que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la sociedad **EFIGAS S.A.**, contra la **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN**.

COSTAS a cargo de la **parte actora**, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Las agencias en derecho, se fijan en el 3% de lo pretendido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5° del Acuerdo PSAA-16-10554 de cinco (5) de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

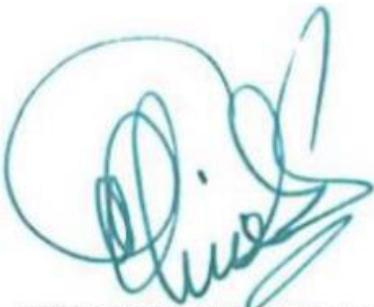
RECONÓCESE personería a la abogada **ALEJANDRA HURTADO FLÓREZ (C.C. N° 1.053'862.442 y T.P. N° 367.478)** como apoderada sustituta de **EFIGÁS S.A. E.S.P.**, en los términos del memorial de sustitución de folio 881.

Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha,
según consta en Acta N°028 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGIUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-008-2020-00206-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 257

Decide la Sala la solicitud de aclaración y/o adición de sentencia presentada por la parte demandante, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ALEXANDER CORTÉS LEAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

LA PROVIDENCIA OBJETO DE SOLICITUD DE ACLARACIÓN

Mediante sentencia de 31 de marzo de 2023, el Tribunal decidió lo siguiente (PDF N° 11):

“(…) CONFÍRMASE la sentencia emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual accedió las pretensiones formuladas por el señor **ALEXANDER CORTÉS LEAL** dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES...**”.

La providencia confirmada dispuso acceder parcialmente a las pretensiones de reajuste pensional del señor **CORTÉS LEAL**, aplicando el régimen especial que cobija a los ex servidores del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y ordenando, en consecuencia, la reliquidación de su pensión con el 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de

servicios anterior a la fecha de retiro definitivo, como la asignación básica, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, primas de navidad, servicios y vacaciones.

SOLICITUD DE ACLARACIÓN Y ADICIÓN

Actuando de manera oportuna, la parte demandante presentó el memorial que obra en el archivo digital N° 15 del expediente, solicitando se adicione y/o aclare el fallo proferido por esta corporación.

Expone que en las consideraciones del fallo del Tribunal, se indicó que los factores salariales sujetos a cotización son los previstos en el Decreto 446 de 1994, entre los que se enuncia el sobresueldo, sin embargo, luego se dispuso la confirmación del fallo de primera instancia, que no enuncia expresamente dicho factor, por lo que opina, la decisión confirmatoria puede ser tomada de manera equívoca por COLPENSIONES, quien podría interpretar que el sobresueldo no se encuentra incluido dentro de la base de liquidación.

Por lo anterior, solicita que en la parte resolutive se enuncien los factores salariales y además, se ordene el cumplimiento del fallo en los términos del canon 192 de la Ley 1437 de 2011, pues explica que COLPENSIONES se está tomando un término mayor al indicado en ese canon legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la accionante se aclare y/o adicione la sentencia proferida por esta corporación, con la cual confirmó el fallo de primera instancia, aludiendo de forma expresa a los factores salariales a incluir en la liquidación pensional del señor ALEXANDER CORTÉS LEAL.

El artículo 285 del Código General del Proceso, aplicable a este juicio subjetivo de anulación en virtud de lo expuesto en el canon 306 de la Ley 1437 de 2011, establece sobre la aclaración de providencias:

“La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.”

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.” /Destaca el Tribunal/.

A su turno, el canon 287 de la misma obra dispone sobre la adición de sentencias:

“Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria” /Resaltados del Tribunal/.

Con base en lo expuesto, la ley procesal permite aclarar las sentencias en la medida que contengan conceptos o frases que generen duda, siempre y cuando dichas expresiones se encuentren en la parte resolutive del fallo o influyan en él, o adicionarlas, en el evento que el fallador haya pasado por alto alguno de los extremos de la litis u otro que de conformidad con la ley

deba ser objeto de pronunciamiento, por lo que el objeto de ambas instituciones procesales es limitado.

En el caso concreto, la Sala no encuentra que existan conceptos o frases cuya intelección sea vaga, imprecisa u oscura, o que de alguna manera precisen que su sentido sea dilucidado, pues el fallo de segunda instancia es diáfano al establecer que en el marco del régimen jurídico aplicable a los ex servidores del INPEC, la pensión ha de liquidarse tomando los factores establecidos en el Decreto 446 de 1994, por lo que, al hallar que el fallo de primera instancia se insertaba en esta hermenéutica, procedió a imprimirle confirmación.

De ahí que más allá de la apreciación subjetiva de la parte actora, quien considera que en la parte resolutive del fallo deben repetirse uno a uno los factores enlistados en dicho decreto, la Sala no encuentra que la sentencia adolezca de frases que generen duda, y ameriten una aclaración por este juez colegiado.

Tampoco se vislumbran puntos litigiosos sobre los cuales haya dejado de pronunciarse esta corporación, y sobre la petición de incluir orden expresa de dar cumplimiento al fallo en los términos del canon 192 de la Ley 1437 de 2011, no estima este juez plural que se trate de un punto susceptible de adición al fallo de segunda instancia, pues además de que la apelación contra el fallo de primer grado no involucró este punto, la obligación de acatar el fallo dentro de los términos allí previstos opera por ministerio de la ley, sin que para su observancia se precise orden expresa en este sentido.

Lo anterior impone la petición de la parte actora.

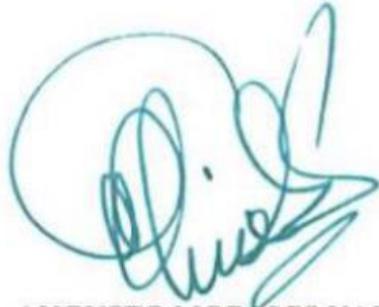
Es por ello que, la Sala 4ª de Decisión Oral,

RESUELVE

NIÉGANSE las solicitudes de adición y aclaración de sentencia, formuladas por la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**

DEL DERECHO promovido por el señor **ALEXANDER CORTÉS LEAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00098-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 095

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** (el Magistrado **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **RODRIGO ALEXANDER LONDOÑO VALENCIA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por él promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 336 de 8 de septiembre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°13 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INPETITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’, por la inadecuada individualización del acto administrativo demandado; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 12, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones

docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 35 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 37, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han

sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

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 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte 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.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece 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 su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9° . Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1° . La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2° . Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo

la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha

obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual

informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “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”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero

*sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negritas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 67 del documento PDF N° 1 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia, por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **RODRIGO ALEXANDER LONDOÑO VALENCIA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por él promovido contra la **NACIÓN** -

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES
DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

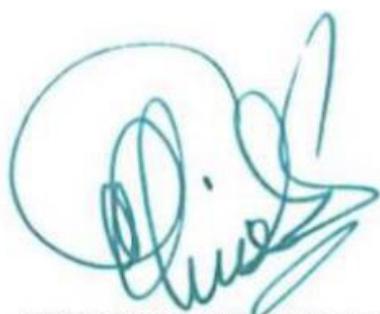
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 028 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00112-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 258

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto proferido por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con el que rechazó, por no corrección, la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por la señora **CRISTINA ÁLVAREZ OROZCO** contra la **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Con el libelo que integra el documento digital N° 4, impetra la parte demandante se anulen las Resoluciones N° 0959 de 26 de agosto, y 8085 de 27 de octubre, ambas de de 2020, por medio de las cuales se le impuso una sanción en calidad de revisora fiscal de la sociedad **TERNIUM SIDERÚRGICA DE CALDAS S.A.S.** y en consecuencia, se elimine dicha penalidad de sus antecedentes disciplinarios y se condene en costas a la entidad llamada por pasiva.

LA PROVIDENCIA APELADA

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales ordenó la corrección del escrito introductor disponiendo, entre otros aspectos, que fueran aportados los actos administrativos demandados con las constancias de notificación (PDF N° 11); una vez vencido el término de ley, rechazó la demanda por no corrección, con proveído que constituye el documento digital N° 14 del expediente.

Para motivar su decisión, expresó la funcionaria judicial que, una vez verificado el escrito de corrección, no fueron allegadas las constancias de notificación de los

actos demandados, las cuales resultan fundamentales para determinar si operó o no la caducidad del medio de control. Adujo que, incluso, en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia de la accionante, hizo el cómputo a partir de la data de expedición de los actos administrativos, pero con este conteo, concluyó que la presentación de la demanda se hizo por fuera del término de ley.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el memorial que obra en el PDF N° 16, la demandante ÁLVAREZ OROZCO apeló la decisión recién referida, esgrimiendo que adolece de un error procedimental, en la medida que la falta de aportación de las constancias de notificación de los actos demandados no es causal de rechazo si el juez puede verificar la ocurrencia de la caducidad por otros medios; además, le endilga un yerro sustantivo, pues la demanda sí fue presentada dentro de la oportunidad legal.

Explica que el acto administrativo fue expedido el 27 de octubre de 2020, por ende, el término de 4 meses para demandar corrió entre el 28 de ese mes y el 1° de marzo de 2021, entretanto, la demanda fue presentada el 26 de febrero de 2021, es decir, de forma oportuna. Por modo, considera, el rechazo de la demanda se basa en un exceso ritual que resulta inocuo, pues itera que la funcionaria judicial contaba con la posibilidad de cerciorarse que la demanda había sido presentada en tiempo a través de otros medios, por lo que la decisión de rechazo infringió el acceso a la administración de justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la accionante se revoque el proveído con el cual la Jueza 4ª Administrativa de Manizales rechazó, por no corrección, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por la señora CRISTINA ÁLVAREZ OROZCO contra la DIAN.

Como se anotó, el rechazo tuvo su génesis en la falta de aportación de las constancias de notificación de los actos demandados, de conformidad con lo

establecido en el artículo 166 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011, que establece que al escrito de demanda deberá acompañarse “*Copia del acto acusado, con las constancias de su comunicación, notificación o ejecución, según el caso...*”. Bajo este entendido, consideró la jueza de primera instancia que con los documentos aportados, se vislumbra que la demanda fue presentada por fuera del término de ley.

Esta instancia judicial no desconoce que la caducidad es uno de los elementos que revisten capital importancia a la hora de realizar el estudio de admisión de la demanda, pues en caso de presentarse, da lugar al rechazo de plano del escrito introductor conforme lo establece el artículo 169 numeral 1 del C/CA; para ello, en tratándose de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, en la mayoría de casos es fundamental identificar la data de notificación, publicación, comunicación o ejecución de los actos demandados, pues esta constituye el punto de partida del término para acudir a la jurisdicción a voces del artículo 164 numeral 2 literal d) de la misma obra. Es por ello que el canon 166 numeral 1 ya mencionado, precisa que el actor aporte dichas constancias como anexo de la demanda.

Ahora bien, tampoco ha de perderse de vista que los requisitos mencionados deben leerse en consonancia con los derechos sustanciales y principios que buscan proteger, como el acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva, de tal forma que, al interpretarlos, el funcionario judicial no imponga cargas procesales que resulten desproporcionadas, o que sacrifiquen de forma injustificada las prerrogativas fundamentales de los asociados.

En este contexto y puntualmente en lo que constituye materia de pronunciamiento, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha flexibilizado el estudio de la caducidad cuando al momento de admitirse la demanda, el juez no tiene los elementos suficientes para determinar su ocurrencia, o en caso de que aun contando con el material probatorio, subsistan dudas sobre la presencia de este fenómeno procesal, casos en los cuales ha de optarse por privilegiar el acceso al aparato judicial, y abordar el estudio de la caducidad en una fase procesal más avanzada, con mejores elementos de juicio, en virtud del principio *pro actione*.

Sobre este mandato, el Consejo de Estado, trayendo a colación su propia jurisprudencia, determinó (M.P. Enrique Gil Botero, Exp.17001-23-31-000-1996-03070-01(17863):

“De otra parte, es importante destacar la posibilidad de dar aplicación, en precisos eventos, al principio pro actione (a favor del demandante), de manera concreta cuando exista una duda razonable que impida al juez, en sede del análisis de la admisión de la demanda, arribar a una conclusión clara y definida acerca del acaecimiento o no de la caducidad de la acción.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corporación ha precisado:

“Sin embargo, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la administración de justicia en eventos en los que no se tiene certeza sobre cuándo se inicia el cómputo del término de caducidad, para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan determinar si operó o no dicho fenómeno (...) En casos, como el que se analiza, la Sala ha sido flexible y ha garantizado el acceso a la justicia para que dentro del proceso se demuestren las condiciones que permitan suponer una fecha distinta - a la que primeramente parece obvia -, para iniciar el cómputo del término de caducidad. En otras palabras, cuando no es manifiesta la caducidad, es viable admitir la demanda sin perjuicio de que el juez al momento de fallar, previo el análisis del material probatorio, vuelva sobre el punto. Con fundamento en todo lo anterior la Sala revocará el auto apelado y se resolverá sobre la admisión de la demanda. Ahora bien, de su estudio, encuentra la Sala que sí cumple con los requisitos formales previstos en la ley y, por lo tanto la admitirá¹” /Destacados del Tribunal/.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18.805, M.P. María Elena Giraldo Gómez.

Más recientemente, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo volvió a aludir al tema, en un caso que, como ocurre en el sub-lite, la parte actora no aportó las constancias de notificación del acto sometido a examen de legalidad, oportunidad en la que nuevamente y en virtud del aludido principio, dispuso que la caducidad se examinara de forma posterior.

El pronunciamiento es del siguiente tenor (auto de 25 de noviembre de 2021, M.P. William Hernández Gómez, rad. 25000-23-42-000-2018-00986-01 (3829-2021):

“En estas condiciones, la Subsección aprecia que **para definir si el líbello inicial se impetró en la oportunidad preceptuada en el literal d del numeral 2.º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, debe obtenerse la constancia de notificación** del Oficio OFI17-21093 MDN-SGDAL-GNG del 21 de marzo de 2017 -que según lo afirma el demandante le fue comunicado el 17 de abril de 2017-, **que no reposa en el cartulario.**

...

En este punto, debe resaltarse que, **ante el escenario descrito, no es posible, en este momento, concluir la terminación del medio de control, por lo que el a quo podrá: i) inadmitir la demanda para que se aporte el respectivo documento, sin que esto sea causal de rechazo si la parte activa no lo allega; o ii) en atención a las facultades oficiosas de instrucción del proceso, oficiar a la entidad que expidió la voluntad administrativa pluricitada para que arrime la pieza procesal requerida..”**

/Resalta la Sala/.

En armonía con lo expuesto, la ausencia de estas constancias tampoco insurge como causal de rechazo de la demanda cuando el juez, a través de otros instrumentos o metodologías, logra establecer que la demanda fue presentada en tiempo. Por ejemplo, si aun contando el término de caducidad desde la fecha de expedición del acto la demanda se halla oportuna, con mayor razón habrá de entenderse que fue presentada en tiempo al contarse el lapso desde la notificación o publicación del acto, actuación que por lógica es posterior.

En suma, se trata de una manera de garantizar de forma equilibrada el acceso a la administración de justicia (art. 229 constitucional) y el ejercicio racional de este derecho dentro de los plazos legales, sin que los requisitos formales de la demanda se conviertan en una cortapisa para su ejercicio.

Al examinar las particularidades del caso, observa este juez colegiado que la demanda se dirige contra la Resolución N° 0959 de 26 de agosto de 2020 con la cual la DIAN impuso una sanción a la accionante CRISTINA ÁLVAREZ OROZCO, así como la Resolución 8085 de 27 de octubre de 2020, que resolvió el recurso de apelación contra la primeramente citada, dando cierre al debate en sede administrativa.

Por ende, para determinar el plazo de 4 meses previsto en el canon 164 numeral 2 literal d) del C/CA, este bien podía contarse desde el día siguiente a la expedición de este último acto, es decir, desde el 28 de octubre de 2020, por lo que vencería originalmente el 28 de febrero de 2021, sin embargo, como este día correspondió a un domingo, el lapso procesal se extendió hasta el 1° de marzo de 2021, según lo preceptuado por el artículo 118 inciso 7° del Código General del Proceso², y con ello, la presentación de la demanda efectuada el 26 de febrero de 2021 ha de reputarse oportuna (páginas 11 y 12 del PDF N° 16).

En conclusión, si bien constituye una exigencia legal para el accionante aportar el acto demandado con la respectiva prueba de su notificación con el fin de determinar si ha operado o no la caducidad del medio de control, conforme la regla jurisprudencial citada, el juez puede decantarse por una decisión que garantice el acceso a la administración de justicia, como solicitarla a la entidad demandada, según lo expuesto al Consejo de Estado. En todo caso, en el sub-examine resultaba desproporcionado el rechazo de la demanda ante la ausencia de dicha pieza documental, pues de los elementos que militan en el expediente se desprende con claridad meridiana que no ha operado dicho fenómeno.

Por lo anterior, habrá de revocarse el auto con el cual se rechazó la demanda por no corrección y en su lugar, la jueza deberá decidir sobre su admisión con base en los demás requisitos de ley.

² “...Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. **Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente**” /Destacado de la Sala/.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

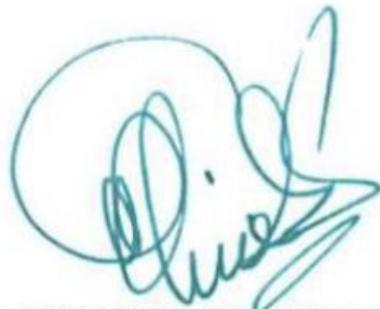
REVÓCASE el auto proferido por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con el que rechazó, por no corrección, la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CRISTINA ÁLVAREZ OROZCO** contra la **UAE DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN**.

En su lugar, la jueza deberá decidir sobre la admisión de la demanda con base en los demás requisitos de ley.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00122-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 096

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** (el Magistrado **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ FANNY OROZCO ROJAS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 288 de 8 de septiembre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°7 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, por cuanto el fondo carece de la calidad de empleador que se predica de quien incurre en la mora, según las normas citadas por la parte demandante; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; ‘IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG’, frente a la cual alude que en el régimen profesoral no existe consignación de cesantías en cuentas individuales sino un giro de recursos directamente del Ministerio de Hacienda.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°8, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a

cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA', porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 32 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el

Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 34, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

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 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte 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.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece 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 su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9° . Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1° . La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2° . Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo

la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha

obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual

informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

² “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”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

Trabajador beneficiario de Ley 50/1990	Docente cobijado por la Ley 91/89
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre

*dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 77 del documento PDF N° 1 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia, por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LUZ FANNY OROZCO ROJAS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

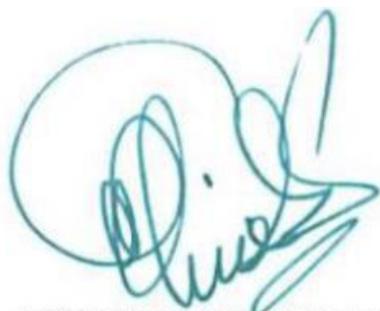
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 028 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGIUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00163-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 097

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** (el Magistrado **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MYRIAM GARCÍA PÉREZ** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 723 de 12 de octubre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor

sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de

cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°11 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, por cuanto el fondo carece de la calidad de empleador que se predica de quien incurre en la mora, según las normas citadas por la parte demandante; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; ‘IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG’, frente a la cual alude que en el régimen profesoral no existe consignación de cesantías en cuentas individuales sino un giro de recursos directamente del Ministerio de Hacienda.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 12, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; ‘BUENA FE’, atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 34 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre

con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 36, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a

la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público rindió concepto de mérito en segunda instancia, indicando que la sentencia apelada debe ser confirmada (PDF N° 7, cdno. 2),

estimando que no existe obligación de las secretarías de educación territoriales, ni de la Nación de consignar, en los términos pedidos por la parte demandante el valor de las cesantías que corresponda a cada uno de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como lo dispone la Ley 50 de 1990 en los artículos 98 y 99, y por ende, las sanciones deprecadas no se predicán de los servidores docentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

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 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte 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.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece 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 su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de

Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9°. **Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad

fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, **el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley,** con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

**SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E
INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES**

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual.

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

² “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”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>
--	---

<p>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u></p>	<p>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u></p>
--	--

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el

magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 76 del documento PDF N° 1 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia, por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **MYRIAM GARCÍA PÉREZ** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

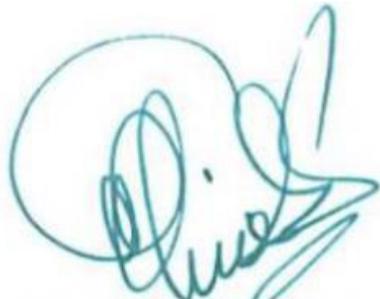
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 028 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00173-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, dieciséis (16) de JUNIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 098

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** (el Magistrado **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JESÚS ENRIQUE GALLEGO YEPES** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por él promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 648 de 12 de octubre de 2021.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la parte demandada al reconocimiento y pago de la indemnización prevista en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, como consecuencia de la consignación tardía de los intereses a las cesantías, así mismo, se reconozca y pague un día de salario por cada día de retardo, por la consignación inoportuna del auxilio de cesantías, se paguen los ajustes de valor

sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

Expone en síntesis que de acuerdo con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es responsabilidad de la entidad territorial respectiva reconocer las cesantías de los docentes oficiales, además de cancelar directamente al educador los intereses sobre este rubro a más tardar el 31 de enero de cada año. Por su parte, se impone a la NACIÓN consignar el auxilio de cesantías en la cuenta individual de cada profesor a más tardar el 15 de febrero de cada año.

Anota que ambos términos fueron desentendidos en su caso, dando lugar al pago de las indemnizaciones de ley, que fueron denegadas con el acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: Constitución Política, arts. 13 y 53; Ley 91 de 1989, art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 1955 de 2019, art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, art. 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, art. 3; Decreto 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Como juicio de la infracción normativa, argumenta que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el derecho que les asiste a los docentes de disponer de sus cesantías de manera oportuna en igualdad de condiciones que los demás empleados, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario. Explica que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el fondo de prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60/93 y 12955/19.

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de

cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344/96, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°7 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO A FAVOR DEL DEMANDANTE’, atendiendo la especialidad del régimen docente; ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, reiterando que la normativa especial de los docentes no consagra las sanciones deprecadas; ‘BUENA FE’, en caso de que llegue a considerarse aplicable la Ley 50 de 1990, la sanción allí establecida debe estar mediada por la mala fe de la entidad demandada, que debe comprobarse; ‘IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS’, por cuanto ha actuado de buena fe en el trámite del proceso; y la ‘GENÉRICA’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°8, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a

cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA', porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 31 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses oportunamente, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 31, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los

docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público rindió concepto de mérito en segunda instancia, indicando que la sentencia apelada debe ser confirmada (PDF N° 7, cdno. 2), estimando que no existe obligación de las secretarías de educación territoriales, ni de la Nación de consignar, en los términos pedidos por la parte demandante

el valor de las cesantías que corresponda a cada uno de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como lo dispone la Ley 50 de 1990 en los artículos 98 y 99, y por ende, las sanciones deprecadas no se predicán de los servidores docentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante se declare la nulidad del acto con el cual la parte demandada negó el reconocimiento de la indemnización moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, producto de la consignación extemporánea del auxilio de cesantías, así como aquella consagrada en la Ley 52 de 1975, por la cancelación tardía de los intereses a las cesantías.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Con fundamento en lo consignado por modo previo, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*
- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de dichas sanciones?*

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

La Ley 91 de 1989, por medio de la cual se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se refirió por primera vez de forma expresa a las cesantías del ramo docente, estableciendo en su artículo 15, ordinal 3°:

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

...

...

...

3. Cesantías:

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 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,** equivalente a la suma que resulte 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.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece 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 su entrada en vigencia.

En su artículo 1°, dispone la norma decretal en cita que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al FNPSM, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores, así mismo, establece que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado fondo (art. 2).

En lo que es materia de litigio, la norma referida dispone lo siguiente:

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo

período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

Artículo 9°. **Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.** La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

Por otra parte, la Ley 1955 de 2019 estipula en el canon 57:

“EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

“ARTICULO CUATRO: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria que administra los recursos de Fondo a más tardar el cinco (5) de febrero de cada año y en el mes de mayo a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria en el periodo comprendido entre el seis (6) de febrero y hasta el quince (15) de marzo de cada año. En los casos en que la entidad territorial reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

**SANCIÓN MORATORIA POR CONSIGNACIÓN EXTEMPORÁNEA DE CESANTÍAS E
INDEMNIZACIÓN POR PAGO TARDÍO DE INTERESES**

El artículo 99 de la Ley 50 de 1990 introdujo una sanción por la consignación inoportuna de las cesantías en el régimen anualizado que prevé el mismo esquema disposicional:

“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 él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual.

¹ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

² “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”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁴ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, los docentes afiliados al FNPSM, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses se realice con base en el saldo acumulado de cesantías, fórmula más favorable que la liquidación con el valor de cada año individualmente considerado, además, la tasa aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del 24 de enero de 2019 (M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14):

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>
--	---

Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>
---	---

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el

magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma oportuna, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías consagrada en la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto estos fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 77 del documento PDF N° 1 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia, por no haberse causado.

Es por lo discurrido que el **Tribunal Administrativo de Caldas, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JESÚS ENRIQUE GALLEGO YEPES** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por él promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

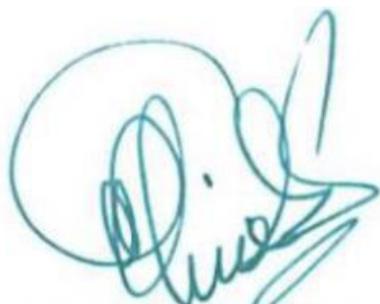
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 028 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado
Ausente con permiso



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Tomas Felipe Mora Gómez

Conjuez Ponente

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **1700333300420180027203** en el que es demandante **JAQUELINE MORALES PEREZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 *“constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud”* y en los Decretos que su turno modifique esta norma y que contengan la misma expresión.

2. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución DESAJMZR116-47-66 de 7 de enero de 2016**.
3. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución n° 5799 de 12 de septiembre de 2017**.
4. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, reconocer y pagar en favor de la señora **JAQUELINE MORALES PEREZ**, la “Bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario, y demás emolumentos que fueron por este percibidos durante su vinculación como empleado en la Rama Judicial.
5. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, reconocer y pagar a favor de la señora **JAQUELINE MORALES PEREZ**, a partir del 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, etc), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013.
6. **INDEXAR** los dineros que se han de cancelar a favor de la señora **JAQUELINE MORALES PEREZ**.
7. **CANCELAR** al señor **JAQUELINE MORALES PEREZ**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas ordenadas cancelar.
8. **ORDENAR** a la demandada que, para el cumplimiento de esta sentencia, dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a causar.

4. HECHOS

La señora **JAQUELINE MORALES PEREZ**, ha sido servidor publica al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales de la

Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Manizales y a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba su vinculación con la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El 4 de agosto de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones de la demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE y de oficio la excepción: “carencia del derecho reclamado” y, **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de “la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “prescripción”.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución **DESAJMZR16-47-66 de 7 de enero de 2016** y la **Resolución n° 5799 de 12 de septiembre de 2017**, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, reconocer, en favor de **JAQUELINE MORALES PEREZ** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el **1 de enero de 2013** y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos

desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: *La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.*

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS *a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.*

OCTAVO: EJECUTORIADA *esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVA los remanentes si los hubiere. ARCHIVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. Se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.*

NOVENO: NOTIFIQUESE *la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.*

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor

discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afinca en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiéndose así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por la demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Parte demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 5 de agosto de 2021. En esta ocasión, la demandada resalto que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato, además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la

facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Ahora bien, respecto de la **condena en costas**, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Parte demandante.

Haciendo uso de la apelación adhesiva al recurso interpuesto por la parte demandada, conforme lo permite el artículo 322 del CGP, la parte demandante allego escrito el 13 de febrero de 2023, en resumen manifestó su desacuerdo con la decisión del Juez primario de desconocer el carácter de factor salarial de la bonificación frente a las prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados” y su reconocimiento al respecto de las otras prestaciones sociales que devenga la demandante. A su juicio consideró que la clase obrera en la que se enlistan los funcionarios públicos, vienen afrontando toda clase de desventajas laborales que han superado, lucha tras lucha, solicitando la protección de principios laborales constitucionales tales como el *in dubio pro operario*, *pro homine*, *condición mas beneficosa*, *irrenunciabilidad*, *primacía de la realidad sobre las formas* y, *principio de favorabilidad*, entre otros; una de estas luchas del sector publico - Rama Judicial- se dio en el año 2012, por la evidente y amplia brecha entre los sueldos de los Magistrados de las Altas Cortes al respecto de los demás empleados de la Rama Judicial, en atención a ello y para cerrar un poco esta brecha, con miras a estar mas cerca de la igualdad salarial, fue expedido el Decreto 383 y 382 de 2013 que creó la “bonificación judicial” una respuesta del Gobierno Nacional, a la tan solicitada nivelación salarial de los empleados públicos.

A pesar de que esta bonificación se viene pagando desde el mismo día en que entro en vigencia el Decreto 383 de 2013, no ha sido efectivizado completamente, pues según su articulado solo constituye factor salarial, para efectos del pago de los aportes de salud y pensión, pese a que cumple con los requisitos legales que lo estructuran como salario, que es un pago, periódico, habitual e ininterrumpido. Así lo reconoce el Juez Aquo, pero desconociendo la norma constitucional e internacional sobre la materia, limita su carácter de factor

salarial a unas prestaciones y deja huérfanas frente a la prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados”, desconociendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando establece “...que el listado de factores que comprenden el concepto de salario es una noción meramente ilustrativa y bajo ninguna circunstancia puede interpretarse como un criterio absoluto, pues salario constituye todo pago habitual y periódico que se genera como remuneración por la prestación personal de un servicio, de allí, que dentro de este trámite tenga un relevante protagonismo esta figura, a saber que conforme el caso en concreto la interpretación que se da con ocasión a la figura de ‘salario’, su características y su aplicabilidad en materia laboral, ha hecho que a lo largo de este trámite se hayan generado posturas disimiles para su aplicación conforme lo reglado en el Decreto 383 de 2013”.

Dijo además, que la base genérica para el calculo actuarial es el mismo salario, de cuyas prestaciones sociales se duplican por influencia misma del Decreto 383 de 2013, que en ultimas logra la nivelación salarial, objetivo principal de la lucha acaecida en el año 2012 y de la cual nace la iniciativa del Gobierno de emitir el Decreto en mención, y si no es afectando también las prestaciones sociales, donde queda la nivelación salarial deprecada, dicho esto, es la razón de la equivocada tesis del Juez Aquo, al desconocer la condición de salario del Decreto frente a las prestaciones sociales que dejó por fuera de considerarlas salario.

En conclusión, solicitó la modificación de la sentencia primaria y por el contrario el reconocimiento del carácter de factor salarial, para todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante y no solo para algunas.

7. ALEGATOS

Aprovechando la oportunidad la parte demandante presentó alegatos de segunda instancia, en los cuales vuelve y menciona la calidad de salario que tiene la bonificación judicial creada mediante el Decreto 383 de 2013 y obviamente su carácter de factor salarial, que recae indistintamente en todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho la demandante, sin aportar nada nuevo.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 16 de diciembre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Derecho de petición, radicado el 15 de diciembre de 2015.
- b) Resolución n° DESAJMZR16-47-66 de 7 de enero de 2016 *“por medio del cual se resuelve un derecho de petición”* y su constancia de notificación.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMZR16-148-30 de 5 de febrero de 2016 *“por medio de la cual se concede un recurso de apelación”* y su constancia de notificación.
- e) Resolución n° 5799 de 12 de septiembre de 2017 *“por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”* y su constancia de notificación.
- f) Constancia laboral n° 2042 de 14 de diciembre de 2015.
- g) Acta de acuerdo entre el Gobierno Nacional y los representantes de los Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2012.
- h) Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.
- i) Resolución n° 270 de 12 de marzo de 2018 *“por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”*.

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. La bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.
- II. Cumple la condena en costas con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.” (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*
- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

- 5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*
- 6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª

de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.”
(Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 - aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia 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 Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello

es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.

Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque 'son normas situadas en el nivel constitucional', como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de

Derechos Humanos...

“(...)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para

crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”.³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía.

Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda

que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.”

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo - relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjueces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuez Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política."¹¹

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), Maria Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Conjueces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹², en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹³

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 7° de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **JAQUELINE MORALES PEREZ** mes a mes, ininterrumpidamente, desde el **1 de enero de 2013**, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea

¹² Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹³ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

necesario modificar el numeral 1 de la sentencia de **4 de agosto de 2021** y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad.*

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras la señora **JAQUELINE MORALES PEREZ**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho la demandante **JAQUELINE MORALES PEREZ** desde el **1 de enero de 2013** y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por la demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado la señora **MORALES PEREZ**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7° del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5° y se confirmarán los demás.

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

10.FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia 4 de agosto de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE y de oficio la excepción: “carencia del derecho reclamado” y, **DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de “la imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones de la parte demandante” y “prescripción”.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, **SE ORDENA** a la **NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, reconocer, en favor de **JAQUELINE MORALES PEREZ** la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el **1 de enero de 2013** y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la **RAMA JUDICIAL**. Para lo cual se reliquidan **TODAS** las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7° de la **sentencia 4 de agosto de 2021**, preferida por el **Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales** y, en consecuencia, **NO** condenar en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la **sentencia 4 de agosto de 2021**, preferida por el **Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales**.

CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

17001333300420180027203

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Jaqueline Morales Pérez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia de segunda instancia n° 104

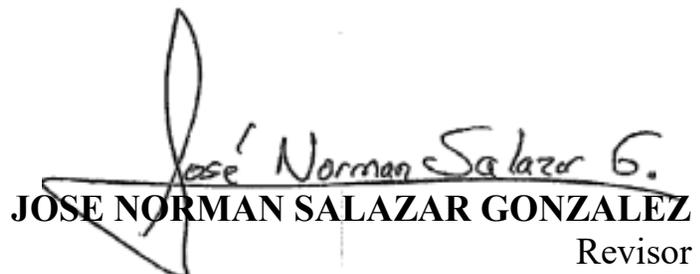
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en SALA VIRTUAL celebrada el 21 de junio de 2023.

Los Conjuces;



TOMÁS FELIPE MORA GOMEZ
Ponente



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor

17001333300320190017403

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Luz Yaneth Valencia Gómez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia Auxiliar n° 107

Corrige sentencia de 2°

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

- José Mauricio Baldion Álzate -

Conjuez.

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Despacho a resolver solicitud de aclaración de la sentencia n° 086 de 6 de junio de 2023, que decidió la segunda instancia y; emitida dentro de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LUZ YANETH VALENCIA GOMEZ** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, elevada por la parte demandante.

I. LO PETICIONADO

Mediante petición allegada el pasado 13 de junio de 2023, la parte demandante solicitó **CORRECCION**, de la sentencia proferida por la Sala de Conjueces el pasado 6 de junio de 2023 y que decidió esta instancia. Lo peticionado se resume en el yerro cometido en los cargos ocupados al servicio de la Demandada, por la demandante que fue cambiado en el acápite de los hechos de la decisión, la cual asegura que la demandante ocupó los cargos de Auxiliar Judicial de Tribunal y Juez de la Republica, siendo correcto que la señora **LUZ YANETH VALENCIA GOMEZ** ha ocupado el cargo de Profesional Universitario Grado 14°.

II. CONSIDERACIONES.

II.I. Competencia.

Corresponde a este Despacho conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 286 del CGP, en concordancia con los artículos 285 y 287 ibidem y, conforme mandato dado por la Presidencia de esta Corporación en sorteo de conjueces celebrado el pasado 16 de diciembre de 2022.

II.II. Control de legalidad.

- ***De la corrección de la sentencia.***

Contenido en el artículo 286 ibidem, permite la corrección de errores aritméticos u otros:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Ahora bien, frente a la oportunidad de acudir a cualquiera de estas figuras jurídicas, dice la norma que la adición de la sentencia debe solicitarse “dentro del termino de su ejecutoria” y la corrección puede solicitarse “*en cualquier tiempo*”, siempre que sean equívocos de palabras, nombres, fechas, cálculos, etc.

Dado que para la corrección la norma, dice que puede solicitarse en cualquier tiempo, el Despacho considera irrelevante entrar en cualquier otro estudio, así las cosas, la petición de corrección resulta procedente y se resolverá.

II.IV. Caso en concreto.

El Despacho hace una revisión del proceso, en especial de las pruebas allegadas con la demanda y concretamente la constancia laboral n° 1089 de 30 de agosto de 2016, en la que afirma que la demandante ha ocupado los cargos de Asistente Administrativo, Auxiliar Judicial Grado I y Profesional Universitario desde el 1 de febrero de 2008 a la fecha y la sentencia, en efecto como lo afirma la solicitud, erró al mencionar cargos que jamás han sido ocupados por ella.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Sala incurrió en el error vislumbrado por la parte demandante y es necesario corregirlo.

De acuerdo con lo discurrido, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Caldas;

17001333300320190017403

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Luz Yaneth Valencia Gómez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia Auxiliar n° 107

Corrige sentencia de 2°

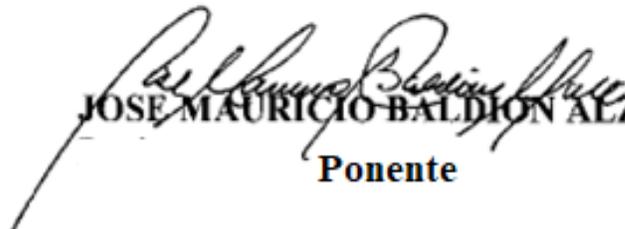
III. RESUELVE

PRIMERO: CORREGIR de la *Sentencia n° 086 del seis (6) de junio de dos mil veintitrés (2023)*, proferida por la Sala de Conjuces y que decidió la segunda instancia de este medio de control, que los cargos que ha ocupado la demandante **LUZ YANETH VALENCIA GOMEZ** al servicio de la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** han sido; *Asistente Administrativo, Auxiliar Judicial Grado I y Profesional Universitario Grado 14* y **NUNCA** ha ejercido como Auxiliar Judicial de Tribunal, ni Juez de la Republica.

SEGUNDO: Contra las decisiones emitidas en esta providencia, proceden los recursos de ley.

Notifíquese y cúmplase

Los Conjuces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Tomas Felipe Mora Gómez

Conjuez Ponente

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de abril de 2023 pasara a despacho para proferir sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte vencida, y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** identificada con el radicado n° **1700333900820190019803** en el que es demandante **ARIEL FLOREZ ESCOBAR** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si tiene razón el artículo 2° del Decreto 383 del 2013 cuando afirma que la bonificación judicial para los empleados públicos que dispone, constituye factor salarial solo para efectos de los aportes a salud y pensión, o si, por el contrario, lo es para todas las prestaciones sociales, sin distinción de ninguna clase.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. DECLARAR** la nulidad de la *Resolución DESAJMZR16-1267 de 12 de julio de 2016*.
- 2. DECLARAR** la configuración del *silencio administrativo negativo* y como consecuencia la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo*.

3. **INAPLICAR** por inconstitucional la expresión contenida en el artículo 1° del Decreto 383 de 2013 “*constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud*” y en los Decretos que su turno modifique esta norma y que contengan la misma expresión.
4. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, desde el 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, reconocer y pagar en favor del señor **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**, la “Bonificación judicial” señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar salario, y demás emolumentos que fueron por este percibidos durante su vinculación como empleado en la Rama Judicial.
5. **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, reconocer y pagar a favor del señor **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**, a partir del 1 de enero de 2013 y hasta la fecha de presentación de esta demanda y en lo sucesivo, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, etc), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la bonificación judicial creada a través del Decreto 383 de 2013.
6. **INDEXAR** los dineros que se han de cancelar a favor del señor **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**.
7. **CANCELAR** al señor **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas ordenadas cancelar.
8. **ORDENAR** a la demandada que, para el cumplimiento de esta sentencia, dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la demandada al pago de costas y agencias en derecho que se llegaren a causar.

4. HECHOS

El señor **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**, ha sido servidor publica al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Citador Municipal, desde el 2 de mayo de

2005 y a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba su vinculación laboral con la demandada.

5. FALLO PRIMARIO

El 14 de julio de 2021, el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, decidió la primera instancia accediendo parcialmente a las pretensiones del demandante. En su parte resolutive ordenó:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE, la excepción: “ausencia de causa petendi”. DECLARAR NO PROBADA la excepción de “la violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante”. DECLARAR PROBADA la excepción de “prescripción” de los periodos anteriores al 21 de junio de 2013.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional la expresión “únicamente” contenida en el artículo 1° de los Decreto 383 de 2013, 1269 de 2015, 246 de 2016, 1014 de 2017, 340 de 2018, 992 de 2019 y 442 de 2020 y demás normas que recojan esa misma expresión, en el entendido que la bonificación judicial si constituye salario para liquidar las prestaciones sociales que devenguen los servidores de la Rama Judicial.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD de la resolución DESAJMZR16-1227 de 12 de julio de 2016 y del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, que puso fin a la actuación administrativa, ambas expedidas por la entidad demandada.

CUARTO: ACCEDER a las pretensiones de la demanda únicamente en lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales de la parte actora, teniendo como factor salarial la bonificación judicial de que tratan los Decretos 383 de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL, reconocer, en favor de ARIEL FLOREZ ESCOBAR la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 21 de junio de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc).

Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales.

SEXTO: *La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA.*

SEPTIMO: SE CONDENA EN COSTAS *a las Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP, Las agencias en derecho serán canceladas en los términos descritos en la parte motiva de esta providencia.*

OCTAVO: EJECUTORIADA *esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVASE los remanentes si los hubiere. ARCHIVENSE las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI. Se ordena la expedición de las copias que soliciten las partes, conforme a lo previsto en el artículo 114 del CGP.*

NOVENO: NOTIFIQUESE *la presente sentencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.”.*

Como sustento jurídico indicó; “...De conformidad con el análisis constitucional, legal y jurisprudencial que se relaciona con el caso concreto, en criterio de esta dependencia judicial, existe mérito para acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda. Con sujeción a los argumentos que a continuación se desarrollarán, la bonificación creada por el decreto 383 de 2013, ostenta la naturaleza de una verdadera prestación constitutiva de salario, motivo por el cual se puede interpretar como un factor salarial que debe ser tenido en cuenta para calcular las prestaciones sociales que perciba en servidor judicial, con sujeción al tipo de cargo que haya desempeñado o desempeñe en el futuro. Sin embargo, en cuanto a la pretensión ligada a la bonificación

por servicios prestados, se negará, entre otras razones, debido a que el Gobierno Nacional en ese específico caso tiene una mayor discrecionalidad en la regulación por tratarse de una prestación ocasional. La tesis que se pretende desatar, se afinca en la naturaleza de un ordenamiento jurídico cuyo vértice normativo o norma fundamental es la Constitución de 1991, norma que supone su primacía sobre las restantes del ordenamiento y de la que se deriva una fuerza normativa tal que subordina las demás reglas expedidas en virtud de su autorización. No se puede pasar por alto que, de conformidad con lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Constitución Colombiana no se deriva solo la validez formal de las demás normas del ordenamiento jurídico, sino también, la validez material de las mismas. Esta fuerza directiva implica la subordinación legislativa y administrativa a las disposiciones fundamentales de la Carta y el sometimiento al Bloque de Constitucionalidad. Adicionalmente, para sustentar esta providencia se tuvo en cuenta los lineamientos argumentativos que, en esencia, han expuesto los Tribunales Administrativos de Caldas y Cundinamarca y algunos Jueces Administrativos del país, acogiendo así el precedente vertical¹ y horizontal²”, en consecuencia, accedió a la inaplicación de la expresión “únicamente” del artículo 1° del Decreto 383 de 2013, a la declaración de los actos acusados, al reconocimiento de la bonificación reclamada como factor salarial para las prestaciones sociales devengadas por el demandante (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses) y su consecuente reliquidación, y negó las pretensiones relacionadas con el reconocimiento, reliquidación y pago de la bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios, como factor salarial y el pago de la sanción moratoria en lo que a cesantías, se refiere.

6. RECURSOS DE ALZADA

Parte demandada.

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandada, mediante escrito que presentó el 23 de julio de 2021. En esta ocasión, la demandada resalto que por conducto del artículo 150, numeral 19, literales e) y f) la potestad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, recae sobre el Congreso de la Republica y de hacerlo su representada, estaría extralimitando sus funciones y de paso, incurriría en la comisión del delito de prevaricato,

además de las sanciones disciplinarias. Ahora bien, aseguró que la demandada actúa en cumplimiento de los decretos presidenciales que son producto de la facultad que la Ley 4ª de 1992 le otorgó para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos que allí se mencionan. Ahora bien, respecto de la condena en costas, solicita no sean estimadas, como quiera que no existe conductas temerarias de parte de la demandada y todas sus actuaciones obedecen a un manual de defensa nacional el cual se encuentra basado en argumentos en derecho suficientes para justificar la defensa de la posición asumida por la Rama Judicial. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones. Solicitó se revoque esta sentencia y en consecuencia se nieguen todas las pretensiones.

Parte demandante.

Haciendo uso de la apelación adhesiva al recurso interpuesto por la parte demandada, conforme lo permite el artículo 322 del CGP, la parte demandante allegó escrito el 13 de febrero de 2023, en resumen manifestó su desacuerdo con la decisión del Juez primario de desconocer el carácter de factor salarial de la bonificación frente a las prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados” y su reconocimiento al respecto de las otras prestaciones sociales que devenga el demandante. A su juicio consideró que la clase obrera en la que se enlistan los funcionarios públicos, vienen afrontando toda clase de desventajas laborales que han superado, lucha tras lucha, solicitando la protección de principios laborales constitucionales tales como el *in dubio pro operario*, *pro homine*, *condición mas beneficosa*, *irrenunciabilidad*, *primacía de la realidad sobre las formas* y, *principio de favorabilidad*, entre otros; una de estas luchas del sector publico - Rama Judicial- se dio en el año 2012, por la evidente y amplia brecha entre los sueldos de los Magistrados de las Altas Cortes al respecto de los demás empleados de la Rama Judicial, en atención a ello y para cerrar un poco esta brecha, con miras a estar mas cerca de la igualdad salarial, fue expedido el Decreto 383 y 382 de 2013 que creó la “bonificación judicial” una respuesta del Gobierno Nacional, a la tan solicitada nivelación salarial de los empleados públicos.

A pesar de que esta bonificación se viene pagando desde el mismo día en que entro en vigencia el Decreto 383 de 2013, no ha sido efectivizado completamente, pues según su articulado solo constituye factor salarial, para efectos del pago de los aportes de salud y pensión, pese a que cumple con los

requisitos legales que lo estructuran como salario, que es un pago, periódico, habitual e ininterrumpido. Así lo reconoce el Juez Aquo, pero desconociendo la norma constitucional e internacional sobre la materia, limita su carácter de factor salarial a unas prestaciones y deja huérfanas frente a la prestaciones sociales “prima de servicios”, “prima de productividad” y “bonificación por servicios prestados”, desconociendo la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando establece “...que el listado de factores que comprenden el concepto de salario es una noción meramente ilustrativa y bajo ninguna circunstancia puede interpretarse como un criterio absoluto, pues salario constituye todo pago habitual y periódico que se genera como remuneración por la prestación personal de un servicio, de allí, que dentro de este trámite tenga un relevante protagonismo esta figura, a saber que conforme el caso en concreto la interpretación que se da con ocasión a la figura de ‘salario’, su características y su aplicabilidad en materia laboral, ha hecho que a lo largo de este trámite se hayan generado posturas disimiles para su aplicación conforme lo reglado en el Decreto 383 de 2013”.

Dijo además, que la base genérica para el calculo actuarial es el mismo salario, de cuyas prestaciones sociales se duplican por influencia misma del Decreto 383 de 2013, que en ultimas logra la nivelación salarial, objetivo principal de la lucha acaecida en el año 2012 y de la cual nace la iniciativa del Gobierno de emitir el Decreto en mención, y si no es afectando también las prestaciones sociales, donde queda la nivelación salarial deprecada, dicho esto, es la razón de la equivocada tesis del Juez Aquo, al desconocer la condición de salario del Decreto frente a las prestaciones sociales que dejó por fuera de considerarlas salario.

En conclusión, solicitó la modificación de la sentencia primaria y por el contrario el reconocimiento del carácter de factor salarial, para todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante y no solo para algunas.

7. ALEGATOS

Aprovechando la oportunidad la parte demandante presentó alegatos de segunda instancia, en los cuales vuelve y menciona la calidad de salario que tiene la bonificación judicial creada mediante el Decreto 383 de 2013 y obviamente su carácter de factor salarial, que recae indistintamente en todas las

prestaciones sociales a las que tiene derecho el demandante, sin aportar nada nuevo.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a lo ordenado en el artículo 247 n° 3, 4, 5, 6, y 7 del CPACA y a esta Sala de Conjuces, atendiendo la aceptación que, del impedimento presentado por la Sala Plena de este Tribunal, hiciera el superior y a la designación que a este Conjuez le correspondió por sorteo de conjuces celebrado el pasado 16 de diciembre de 2022.

Cabe precisar que esta decisión de segunda instancia se circunscribe única y exclusivamente a los puntos materia de apelación, según tesis dispuesta en el artículo 328 del CGP y apoyada por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹:

“(…). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-. La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala de Conjuces, realiza en este momento una revisión de las etapas y actuaciones hasta ahora realizadas en este medio de control, sin encontrar vicios

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Bogotá DC, 6 de abril de 2022, radicado 76001233300020180041401(0470-2020), Demandante María Elide Acosta Henao, Demandada la Nación-Fiscalía General de la Nación.

que puedan anular este procedimiento.

c. CASO CONCRETO.

Procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En este sentido, en atención al material probatorio traído a plenario y de conformidad a los hechos constatados por esta Corporación se destaca:

- a) Derecho de petición, radicado el 21 de junio de 2016.
- b) Resolución n° DESAJMZR16-1227 de 12 de julio de 2016 *“por medio de la cual se resuelve un derecho de petición”* y su constancia de notificación.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMZR16-1379 de 25 de agosto de 2016 *“por medio de la cual se concede un recurso de apelación”* y su constancia de notificación.
- e) Constancia laboral n° 1651 de 17 de octubre de 2018, de tiempos de servicio y emolumentos cancelados al demandante **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**.
- f) Acta de acuerdo entre el Gobierno Nacional y los representantes de los Empleados de la Rama Judicial y de la Fiscalía General de la Nación del mes de noviembre de 2012.
- g) Solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación.
- h) Resolución n° 1269 de 8 de octubre de 2018 *“por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”*.

d. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la Sala importante definir en esta segunda instancia, dos aspectos importantes;

- I. La bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del Decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial sobre todos los factores prestacionales y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar su modificación o revocarlo.

II. Cumple la condena en costas con los parámetros legales y jurisprudenciales que regulan la materia.

e. ANALISIS

I. DECRETO 383 DE 6 DE ENERO DE 2013

“Artículo 1°: *Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”* (Negrilla, subrayas y cursiva de la Sala).

“Artículo 2°, Artículo 3°, Artículo 4°, Artículo 5: *El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.”*

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1° y 2° lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 383 de 2013, así:

“ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

- 1) Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 2) Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*
- 3) Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*

- 4) Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).
- 5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).
- 6) Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).

PARÁGRAFO. La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.

A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor (IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior.

En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018 inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente.

Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente

decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992. Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos.

ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia.

ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.”
(Subrayas propias de Sala)

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna.”

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 - aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia 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 Carta Fundamental.”

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

“Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello

es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T.”

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).”

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes.

Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque ‘son normas situadas en el nivel constitucional’, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos.

“La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la *ratio decidendi* de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

“En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de

Derechos Humanos...

“(...)

“d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

“Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República) cometieron un grave error : ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir.

“Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia.

“Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT,[1] entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos”.

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1°, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con estas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para

crearlos; 2) que contribuyan al fomento de la justicia social; 3) que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes; no son creados por el Estado sino reconocidos por él. Además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado ni suspendido ni siquiera en estados de excepción. Aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo².

En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, “*la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...*”³

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.⁴

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al

² Sentencia Corte Constitucional C 168 de 1995.

³ Sentencia Corte Constitucional T 290 de 2005.

⁴ Sentencia Corte Constitucional T 595 de 2004.

ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía.

Consideró la Corte:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica⁵.

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

⁵ Sentencia T-001 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador.

Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador.

La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y

solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.

Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales.

El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.

Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los

casos por resolver.

Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2° de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04)⁶:

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo

⁶ Posición que ha sido reiterada por el Consejo de Estado. Como ejemplo se cita la sentencia del Consejo de Estado, Sección Cuarta, de fecha 14 de octubre de 2010, CP. Carmen Teresa Ortiz. Rad. 110010315000201000795.

más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador."

Finalmente, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"⁸.

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo - relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo 1° señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en

⁷ En esta materia se siguen los preceptos descriptivos señalados en el Convenio 85 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección del salario.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-191 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Al respecto pueden consultarse, entre otros, los fallos C-225 de 1995, C-423 de 1995, C-578 de 1995 y C-327 de 1997.

efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado.

Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir,⁹ en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

⁹ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Aunque en aquella oportunidad estas consideraciones fueron utilizadas para avalar una noción restringida del salario, no cabe duda que la orientación de la Carta Política (artículo 93), apunta a la formación de conceptos más amplios que sean concordantes con ordenamientos internacionales vinculantes en el sistema jurídico nacional.

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"¹⁰.

Finalmente, y frente a la naturaleza salarial de la bonificación judicial reclamada, la Saña de Conjuces, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Conjuetz Dra. Carmen Anaya de Castellanos, afirmó:

"...la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales.

En este orden de ideas, para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-521 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política.”¹¹

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

8. CONDENA EN COSTAS

El fallo primario condenó en costas a la parte vencida, sin embargo, la Sala de Conjuces, no está de acuerdo con esta decisión, pues respeta la tesis que sobre este tema planteo el Consejo de Estado en sentencia SU de 2 de septiembre de 2019:

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹², en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”¹³

Conforme lo anterior, se revocará el numeral 6° de la sentencia de primera instancia.

9. CONCLUSIÓN

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica, toda vez que se ha venido cancelando al demandante **ARIEL FLOREZ ESCOBAR** mes

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Bogotá 6 de abril de 2022. Nulidad y restablecimiento del derecho, 76001233300020180041401(0470-2020), Maria Elide Acosta Henao Vrs Fiscalía General de la Nación.

¹² Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

¹³ Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos

a mes, ininterrumpidamente, desde el **21 de junio de 2013**, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, respecto de **TODAS** las prestaciones sociales devengadas por ella, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que sea necesario modificar el numeral 1 de la sentencia de **14 de julio de 2021** y reconocer el carácter de factor salarial tiene la bonificación judicial, también frente a la *bonificación por servicios prestados, la prima de servicios y la prima de productividad.*

Por otro lado, existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras el señor **ARIEL FLOREZ ESCOBAR**, ocupé algún cargo en la demandada, de los incluidos por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

2. Ordenar a la demandada la reliquidación de todas las prestaciones sociales a que ha tenido derecho el demandante **ARIEL FLOREZ ESCOBAR** desde el **21 de junio de 2013** y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas. Deberá la demandada reliquidar los aportes a pensión generados por el demandante, teniendo en cuenta la bonificación judicial como factor salarial, y consignar el mayor valor, al fondo de pensiones al cual está afiliado el señor **FLOREZ ESCOBAR**, dejando claro que se consignan esos dineros en su favor.
3. De igual manera de acuerdo con la tesis protegida por el superior, resulta improcedente la condena en costas emitida por el Aquo, por lo que se revocará el numeral 7° del fallo y se negará la condena en costas.

Así las cosas, la **SALA** se encuentra parcialmente de acuerdo con la tesis del Juez Aquo y, en consecuencia, modificará los numerales 1° y 5° y se confirmarán los demás.

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

10.FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1° y 5° de la *sentencia 14 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de “la violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante”. DECLARAR PROBADA la excepción de “prescripción” de los periodos anteriores al 21 de junio de 2013.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL, reconocer, en favor de ARIEL FLOREZ ESCOBAR la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 21 de junio de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del CPACA, debidamente indexadas, conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7° de la *sentencia de 14 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales* y, en consecuencia, **NO** condenar en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la *sentencia de 14 de julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*.

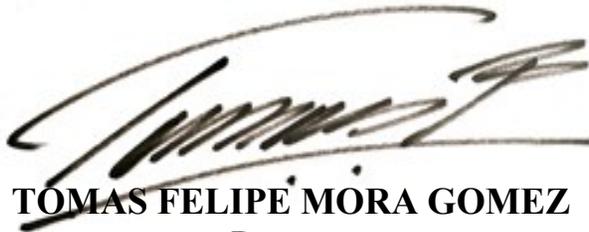
CUARTO: ORDENAR a la secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

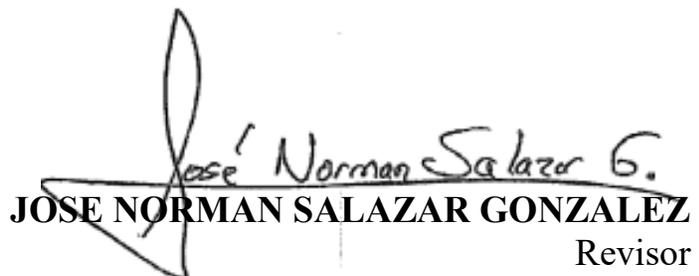
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 21 de junio de 2023.

Los Conjuces;



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Ponente



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Revisor



JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor

17001333900620200017303

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Dorance Vásquez Martínez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia Auxiliar n° 106

Corrige sentencia de 2°

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

- José Mauricio Baldion Álzate -

Conjuez.

Manizales, veintiuno (21) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Despacho a resolver solicitud de aclaración de la sentencia n° 088 de 6 de junio de 2023, que decidió la segunda instancia y; emitida dentro de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **DORANCE VASQUEZ MARTINEZ** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, elevada por la parte demandante.

I. LO PETICIONADO

Mediante petición allegada el pasado 13 de junio de 2023, la parte demandante solicitó **CORRECCION**, de la sentencia proferida por la Sala de Conjueces el pasado 6 de junio de 2023 y que decidió esta instancia. Lo petitionado se resume en el yerro cometido en el día de proferida la sentencia primaria, pues siendo lo correcto 25 de abril de 2022, lo que se consignó fue 26 de abril de 2022.

II. CONSIDERACIONES.

II.I. Competencia.

Corresponde a este Despacho conforme lo dispone el inciso 2° del artículo 286 del CGP, en concordancia con los artículos 285 y 287 ibidem y, conforme mandato dado por la Presidencia de esta Corporación en sorteo de conjueces celebrado el pasado 14 de diciembre de 2022.

II.II. Control de legalidad.

- *De la corrección de la sentencia.*

Contenido en el artículo 286 ibidem, permite la corrección de errores aritméticos u otros:

“Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso. Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de éstas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.”

Ahora bien, frente a la oportunidad de acudir a cualquiera de estas figuras jurídicas, dice la norma que la adición de la sentencia debe solicitarse “dentro del termino de su ejecutoria” y la corrección puede solicitarse “*en cualquier tiempo*”, siempre que sean equívocos de palabras, nombres, fechas, cálculos, etc.

Dado que para la corrección la norma, dice que puede solicitarse en cualquier tiempo, el Despacho considera irrelevante entrar en cualquier otro estudio, así las cosas, la petición de corrección resulta procedente y se resolverá.

II.IV. Caso en concreto.

El Despacho hace una revisión de la sentencia de primera instancia, contenida en el cuaderno donde se hayan las actuaciones emitidas por el Aquo -001CuadernoPrimeraInstancia-, más concretamente en el archivo denominado -026Sentencia-, la cual fue proferida el **25 de abril de 2022** por el **Juzgado 6° Administrativo del Circuito de Manizales**, lo que deja ver que en efecto le asiste la razón a la solicitud y debe corregirse.

De acuerdo con lo anterior, es claro que la Sala incurrió en el error vislumbrado por la parte demandante y es necesario corregirlo.

De acuerdo con lo discurrido, la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Caldas;

III. RESUELVE

PRIMERO: CORREGIR de la **Sentencia n° 088 del seis (6) de junio de dos mil veintitrés (2023)**, proferida por la Sala de Conjueces y que decidió la segunda instancia de este medio de control, en el entendido que la decisión de la cual fue **REVOCADO** el numeral 9° y **CONFIRMADOS** los demás

17001333900620200017303

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Dorance Vásquez Martínez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia Auxiliar n° 106

Corrige sentencia de 2°

numerales, es la sentencia de *25 de abril de 2022* emitida por el *Juzgado 6° Administrativo de Manizales*, que decidió la primera instancia en este proceso.

SEGUNDO: Contra las decisiones emitidas en esta providencia, proceden los recursos de ley.

Notifíquese y cúmplase

Los Conjuces;


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Ponente


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA
Revisor


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Revisora

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente**

A.I. 237

Asunto: Asume Conocimiento, Declara Impediment.
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-004-2016-00250-00
Demandante: Diego Alberto Betancur Suárez y Otros.
Demandados: Nación – Fiscalía General de la Nación.

Manizales, veintiuno (21) de junio del año dos mil veintitrés (2023).

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 28 de septiembre de 2022, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, procedo a declarar mi impedimento para avocar el conocimiento del asunto de la referencia.

Revisada la actuación advierto que me encuentro en causal de impedimento respecto de la parte demandante, dado que considero se configuran las causales de impedimento establecidas en el artículo 141 del Código General del Proceso que en su parte pertinente establece:

"ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACION. Son causales de recusación las siguientes: (...)

"(...) 2. Haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior, el juez, su cónyuge, compañero permanente o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente.

3. Ser cónyuge, compañero permanente o pariente de alguna de las partes o de su representante o apoderado, dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

De conformidad con la normativa dispuesta, estoy impedida para conocer del presente proceso, por cuanto mi esposo es el apoderado principal en el presente libelo, y de igual manera, fui apoderada judicial dentro del proceso de la referencia en primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Lina María Hoyos B.

LINA MARÍA HOYOS BOTERO

Conjuez





República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: MARIA GLADYS GUERRERO TAPASCO
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17-001-33-39-006-2020-330-02
Acto judicial: Sentencia 077

Manizales, veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales. La primera instancia accedió el reconocimiento de la sanción. El FOMAG apeló para que se revoque la sentencia en su contra y condene a la entidad territorial para el pago de la sanción, conforme lo señala el artículo 57 de la ley 1955 de 2019. La sala confirma la sentencia de primera instancia, al no verificarse mora de la entidad territorial.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **María Gladys Guerrero Tapasco**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – en adelante FOMAG.**

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago inoportuno de las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **29 de mayo de 2020**, donde se solicitó el pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción.

§07. **El 29 de noviembre de 2019** la parte demandante solicitó a la entidad el reconocimiento de las cesantías parciales, las cuales le fueron concedidas por la **Resolución 7858-6 del 17 de diciembre de 2019**, y fueron pagadas el **02 de julio de 2020**, más de los 70 días que tenía para cancelarlas. El **29 de agosto de 2020** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud. La conciliación prejudicial ante la Procuraduría se presentó el 14 de octubre de 2020, se entregó el certificado de no conciliación el **01 de diciembre 2020**, fecha en que se realizó la respectiva audiencia. La demanda se presentó el **18 de diciembre de 2020**.

§08. La demanda invocó como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Sustentó que en materia de pago de las cesantías de los docentes oficiales se aplican las normas y las sanciones previstas en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG - FIDUPREVISORA²

§09. Quien apodera a la Nación – Ministerio de Educación y FIDUPREVISORA SA, se opuso a las pretensiones y admitió los hechos que constan en los actos administrativos. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§09.1. **Falta de integración del litisconsorcio necesario Responsabilidad del ente territorial**, porque la entidad territorial como Fiduprevisora intervienen en el procedimiento administrativo, y le cabe responsabilidad por haber expedido extemporáneamente el acto administrativo que reconoció las cesantías. (L. 91/1989, 962/2005 y 1755/2019)

¹ 003DemandaAnexos.pdf

² 014 Contestación Fomag pdf

Señaló que, en este caso, la solicitud de las cesantías fue el 29 de noviembre de 2019, el acto de reconocimiento fue la Resolución 7858-6 del 17 de diciembre de 2019, la entidad territorial demoró la radicación de la solicitud el 22 de abril de 2020, por lo que esta entidad debe responder por la mora.

§09.2. Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el pago de la sanción moratoria. El FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se encuentra autorizado para pagar de sus propios recursos, cuando el docente demuestre efectiva que no le fueron pagadas las cesantías. No obstante, la nueva normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria Administradora y vocera del patrimonio autónomo.

§09.3. Inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente a la conciliación extrajudicial. Conforme al artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, verificada el acta de audiencia de conciliación prejudicial, se observa que el trámite sólo se agotó frente a la Nación Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que permite determinar que no fue agotado debidamente el requisito de procedibilidad contra la Secretaría de Educación de Caldas.

§09.4. Genérica.

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§10. Por auto del 27 de enero de 2022, el juzgado de primera instancia ordenó la vinculación del Departamento de Caldas, para integrar el litisconsorcio.

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. Cumplimiento de términos por parte de la Entidad Territorial. Según el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es obligación de la entidad territorial demostrar la recepción de la solicitud y la expedición del acto administrativo dentro de los 15 días; así como su notificación dentro de los 12 días siguientes. Lo que efectivamente sucedió: la petición se hizo el 29 de noviembre de 2019, la resolución de respuesta se expidió el 17 de diciembre de 2019, la notificación se hizo el 2 de enero de 2020, su ejecutoria se cumplió el 20 de enero de 2020, y la remisión para el pago fue el 20 de enero de 2020.

§11.2. Buena Fe: La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la ley.

§11.3. Prescripción: solicitó aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965

³ 020Contestacion Depto de Caldas, Pdf

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. La Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“PRIMERO: DECLÁRASE NO FUNDADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por el accionante el 29 DE AGOSTO DE 2020, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías a la señora MARÍA GLADYS GUERRERO TAPASCO.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar a favor de la señora MARÍA GLADYS GUERRERO TAPASCO, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.057.844 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, causada desde el día 25 de marzo de 2020 inclusive hasta el 15 de junio de 2020. La sanción será pagada con base en el salario percibido por la demandante por el año 2020; atendiendo a la fecha de causación de la sanción.

CUARTO: ORDÉNASE a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia. (...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 244 DE 1995, MODIFICADA POR LEY 1071 DE 2006, ¿POR CONCEPTO DEL PAGO INOPORTUNO DE CESANTÍAS?

EN CASO AFIRMATIVO

¿QUÉ ENTIDAD TIENE A SU CARGO LA RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE LA SANCIÓN POR MORA CAUSADA EN LOS PRESENTES ASUNTOS, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1955 DE 2019?

¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO INDEXADO DE LA SUMAS RECLAMADAS POR CONCEPTO DE SANCIÓN POR MORA?

§14. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, en la cual sobre este aspecto unificó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de sanción por mora en el sector

⁴20 Sentencia.pdf

docente.

§15. En este caso, estimó que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías solicitadas fue proferido el 17 de diciembre de 2019, esto es, dentro de los 15 días hábiles que contempla la norma y fue notificado por correo electrónico el 2 de enero de 2020. De esta forma, se aplica la regla: *“ACTO ESCRITO EN TIEMPO – notificación Electrónica – ejecutoria 10 días, posteriores a certificación de acceso al acto, pago en los 45 días posteriores a la ejecutoria, en total 55 días posteriores a la notificación.”*

§16. El Juzgado argumentó que el término de ejecutoria se surtió hasta el 17 de enero de 2020, y posteriormente fue remitido el acto administrativo a la Fiduprevisora para pago el día 20 siguiente, mediante aplicativo ON BASE según oficio P.S. 036 del 20 de enero de 2020; por tanto, el pago de las cesantías debió efectuarse por tardar el 24 de marzo de 2020.

§17. Por lo tanto, el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestación realizó el pago el 16 de junio de 2020 a través de la Fiduprevisora, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello. Y, en consecuencia, se hace acreedor de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 25 de marzo de 2020 inclusive hasta el 15 de junio de 2020. La sanción será pagada con base en el salario percibido por el demandante por el año 2020.

1.4. La apelación del FOMAG donde argumentó la necesidad de vinculación de la entidad territorial conforme el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 expedición extemporánea del acto administrativo⁵

§18. En el escrito de apelación solicitó: **(i)** revocar la sentencia de primera instancia respecto a la responsabilidad del FOMAG en el pago de la sanción por mora, porque *“... el despacho condenó a pagar por concepto de sanción moratoria a la entidad que el suscrito representa, la totalidad de la sanción mora desconociendo los argumentos presentados en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión frente a la responsabilidad establecida expresamente en la ley 1955 de 2019 artículo 57 Parágrafo Transitorio.”*

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§19. Mediante proveído del 21 de noviembre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

⁵ 51Apelación.pdf

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 04ConstanciaDespacho.pdf

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§20. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§21. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

¿Cuál es la entidad a cargo del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en el caso concreto?

2.3. Entidad obligada al pago de las cesantías y la sanción por mora en su pago

§22. El Honorable Consejo de Estado dejó claro que: “... será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo⁸”

§23. En lo atinente al procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, la ley 1071 de 2006, por el cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, en el artículo 4, estipuló:

« [...] 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 [...]»

§24. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación con la mora estipuló:

“(...) 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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

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 (...)” resaltado por la Sala.

§25. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§26. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§27. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§28. Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§29. Aunadamente, resalta el Tribunal la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§30. Existe consenso jurisprudencial en cuanto al régimen aplicable a los docentes sobre la mora en el pago de las cesantías, pues la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** del 18 de julio de 2018⁹ indicó:

“PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.”

§31. El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, que subrogó y modificó la Ley 244 de 1995, estipuló que la resolución de reconocimiento de las cesantías se haría en los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de su liquidación, supeditada al cumplimiento de los requisitos de ley.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

§32. El artículo 5 ídem estipuló que el pago se haría en un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoce las cesantías. En caso de presentarse mora, la entidad estará obligada a cancelar un día de salario por cada día de retardo, hasta el pago.

§33. En cuanto a las diversas formas de notificación y ejecutoria del acto que reconoce las cesantías, después de las cuales corren los 45 días para el pago de la prestación, la sentencia de unificación SUJ-SII-012 del Honorable Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018¹⁰ sintetizó las diversas hipótesis que pueden presentarse:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	<i>no aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<u>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)</u>	<i><u>aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</u></i>	<i><u>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</u></i>	<i><u>45 días posteriores a la ejecutoria</u></i>	<i><u>70 días posteriores a la petición</u></i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>sin notificar o notificado fuera de término</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal 9</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	<i>Renunció</i>	<i>renunció</i>	<i>45 días después de la renuncia</i>	<i>45 días desde la renuncia</i>
ACTO ESCRITO	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>46 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso.</i>
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>61 días desde la interposición del recurso.</i>

¹⁰ <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2084699>

-sft-”

§34. En la fecha en que se produjo la mora en este caso concreto, años 2019-2020, estaba vigente el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la cual señaló: (i) la responsabilidad por el pago de las cesantías será del FOMAG, y serán reconocidas y liquidadas por la secretaría de educación territorial; (ii) no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (iii) la secretaría de educación será responsable de la sanción por mora en el pago de las cesantías, cuando incumpla los plazo para la radicación o entrega de la solicitud de pago al FOMAG;

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías...

§35. En cuenta a los plazos para el trámite de las cesantías, en este caso concreto estaba vigente el Decreto 1272 de 2018¹¹, de la siguiente manera:

¹¹ “ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.24. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.

Responsable	Trámite	Plazo
	solicitudes correspondientes a reconocimientos deben ser resueltas	15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario
La entidad territorial certificada en educación	elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento	5 días hábiles siguientes a la presentación
La entidad territorial	subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin	5 días hábiles siguientes a la presentación

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO . Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

certificada en educación	el proyecto de acto administrativo	
La sociedad fiduciaria	deberá impartir su aprobación o desaprobación	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La sociedad fiduciaria	digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La entidad territorial certificada	Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria
La entidad territorial certificada	Presentación de objeciones al proyecto	2 días hábiles
La sociedad fiduciaria	resolver las observaciones	2 días hábiles
entidad territorial certificada	debe expedir el acto administrativo definitivo.	dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción
la entidad territorial certificada	Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado	deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente
sociedad fiduciaria	Pago de los reconocimientos de cesantías	45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo

2.4. En el caso concreto, entidad obligada al pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías

§36. Como se verá más adelante, en este litigio la sanción moratoria se generó entre el **25 de marzo de 2020 inclusive hasta el 15 de junio de 2020**, y en dicha fecha la responsabilidad del reconocimiento y pago de la sanción estaba a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, según el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Esto sin perjuicio de las acciones correspondientes contra quienes dieron lugar a la mora.

§37. La parte demandada señala que la mora se debe a la entidad territorial, por lo que debe condenársele al pago de la sanción. Además, el FOMAG no cuenta con partidas para el pago de indemnizaciones, según lo ordenado por el artículo 57 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019.

§38. Como sustento fáctico de este cargo, señala que: **(i)** la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial; **(ii)** Departamento de Caldas- Secretaría de Educación, emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

§39. Como se recordará, el artículo 57 de la Ley 1955 señala que la entidad territorial es responsable de la sanción “...*en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías...*”

§40. **En este caso concreto**, la petición de las cesantías el **29 de noviembre de 2019**, el acto de su reconocimiento -**17 de diciembre de 2019** – dentro de los 15 días hábiles siguientes, se notificó el **2 de enero de 2020** al demandante por correo electrónico, por lo que se ejecutorió el **viernes 17 de enero de 2020**. El **lunes siguiente, 20 de enero de 2020** la entidad territorial remitió la resolución para el pago, con sello de recibo del mismo día. El pago de las cesantías debió realizarse el 24 de marzo de 2020, las cesantías se pusieron a disposición el 16 de junio de 2020, y el pago fue reclamado el 2 de julio de 2020.

§41. De esta manera, la secretaría de educación departamental remitió oportunamente la radicación y entrega la solicitud del pago al FOMAG porque una vez ejecutoriado el acto administrativo, al día siguiente remitió el mismo para el trámite del pago.

§42. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: “*No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*”

§43. En este aspecto, la sentencia condenó al pago de la sanción al “*NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*”

§44. Además, el párrafo del artículo 57 del Decreto 1955 de 2019 se aplica en caso que la entidad territorial sea responsable de la mora, por lo que “... *En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*”

§45. **En este caso concreto**, como se mencionó, la sanción moratoria se generó en vigencia de la Ley 1955 de 2019, y la entidad territorial remitió oportunamente la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al FOMAG, por lo que no le cabe a aquella responsabilidad en la sanción por mora en el pago de las cesantías.

§46. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§47. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad

de las partes.

§48. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§49. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§50. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§51. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 30 de junio de 2022, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por MARIA GLADYS GUERRERO TAPASCO, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.**

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Johana Díaz Álvarez
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17-001-33-39-006-2021-00054-02
Acto judicial: Sentencia 75

Manizales, veinte(20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora pretende el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales. La primera instancia accedió el reconocimiento de la sanción. El FOMAG apeló para que se revoque la sentencia en su contra y condene a la entidad territorial para el pago de la sanción, conforme lo señala el artículo 57 de la ley 1955 de 2019. La sala confirma la sentencia de primera instancia, al no verificarse mora de la entidad territorial.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **Johanna Diaz Álvarez**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de prestaciones del Magisterio**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago inoportuno de las cesantías¹

§03. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 003DemandaAnexos.pdf

§04. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **27 de agosto de 2020**, donde se solicitó el pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§05. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción.

§06. **El 31 de octubre de 2019** la parte demandante solicitó a la entidad el reconocimiento de las cesantías parciales, las cuales le fueron concedidas por la **Resolución 7314 del 21 de noviembre de 2019**, y fueron pagadas el **24 de julio de 2020** por lo que transcurrieron 129 días de mora después de los 70 días que tenía para cancelarlas. El **27 de noviembre de 2020** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud. La conciliación prejudicial ante la Procuraduría se presentó el 11 de diciembre de 2020, se entregó el certificado de no conciliación el **09 de febrero de 2021**, fecha en que se realizó la respectiva audiencia. La demanda se presentó el **04 de marzo de 2021**.

§07. La demanda invocó como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Sustentó que en materia de pago de las cesantías de los docentes oficiales se aplican las normas y las sanciones previstas en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG - FIDUPREVISORA²

§08. Quien apodera a la Nación – Ministerio de Educación y FIDUPREVISORA SA, se opuso a las pretensiones y admitió los hechos que constan en los actos administrativos. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§08.1. Falta de integración del litisconsorcio necesario Responsabilidad del ente territorial, porque la entidad territorial como Fiduprevisora intervienen en el procedimiento administrativo, y le cabe responsabilidad por haber expedido extemporáneamente el acto administrativo que reconoció las cesantías. (L. 91/1989, 962/2005 y 1755/2019)

§08.2. Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del fondo de prestaciones sociales del magisterio para el pago de la sanción moratoria. El FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se encuentra autorizado para pagar de sus propios recursos, cuando el docente demuestre efectiva que no le fueron pagadas las cesantías. No obstante, la nueva normativa introducida, traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria Administradora y vocera del patrimonio autónomo.

2 014 Contestación Fomag pdf

§08.3. **Inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad atinente a la conciliación extrajudicial.** Conforme al artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, verificada el acta de audiencia de conciliación prejudicial, se observa que el trámite sólo se agotó frente a la Nación Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que permite determinar que no fue agotado debidamente el requisito de procedibilidad contra la Secretaría de Educación de Caldas.

§08.4. **Cobro indebido de la sanción moratoria:** Conforme al artículo 57 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019; el pago de la sanción moratoria es exclusiva de la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

§08.5. **Falta de legitimación en la causa por pago de la sanción moratoria generada en el 2020.** Teniendo en cuenta el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2020, únicamente cancelaría la sanción respecto del año 2019.

§08.6. **Genérica.**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§09. Por auto del 27 de enero de 2022, el juzgado de primera instancia ordenó la vinculación del Departamento de Caldas, para integrar el litisconsorcio.

§10. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§10.1. **Cumplimiento de términos por parte de la Entidad Territorial.** Según el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es obligación de la entidad territorial demostrar la recepción de la solicitud y la expedición del acto administrativo dentro de los 15 días; así como su notificación dentro de los 12 días siguientes. Lo que efectivamente sucedió: la petición se hizo el 31 de octubre de 2019, la resolución de respuesta se expidió el 21 de noviembre de 2019, la notificación se hizo el 2 de diciembre de 2020, su ejecutoria se cumplió el 17 de diciembre de 2019, y la remisión para el pago fue el 17 de diciembre de 2019.

§10.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la ley.

§10.3. **Prescripción:** solicitó aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965

3 020Contestacion Depto de Caldas, Pdf

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§11. La Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“... PRIMERO: DECLÁRASE NO FUNDADA la excepción de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por el accionante el 27 DE NOVIEMBRE DE 2020, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías a la señora MARÍA GLADYS GUERRERO TAPASCO.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar a favor de la señora JOHANNA DIAZ ALVAREZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.395.694 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, causada desde el día 22 de febrero de 2020 inclusive hasta el 12 de marzo de 2020. La sanción deberá ser pagada con base en el salario percibido por la demandante por el año 2020 atendiendo a la fecha de causación de la sanción.

CUARTO: ORDÉNASE a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia. (...)

§12. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 244 DE 1995, MODIFICADA POR LEY 1071 DE 2006, ¿POR CONCEPTO DEL PAGO INOPORTUNO DE CESANTÍAS?

EN CASO AFIRMATIVO

¿QUÉ ENTIDAD TIENE A SU CARGO LA RESPONSABILIDAD DEL PAGO DE LA SANCIÓN POR MORA CAUSADA EN LOS PRESENTES ASUNTOS, DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1955 DE 2019?

¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO INDEXADO DE LA SUMAS RECLAMADAS POR CONCEPTO DE SANCIÓN POR MORA?

§13. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, en la cual sobre este aspecto unificó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente.

⁴20 Sentencia.pdf

§14. En este caso, estimó que el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías solicitadas el 31 de octubre de 2019 fue proferido el 21 de noviembre de 2019, esto es, dentro de los 15 días hábiles que contempla la norma y fue notificado por correo electrónico el 2 de diciembre de 2019. De esta forma, se aplica la regla: “*ACTO ESCRITO EN TIEMPO – notificación personal – ejecutoria 10 días, posteriores a la notificación, pago en los 45 días posteriores a la ejecutoria, en total 55 días posteriores a la notificación.*”

§15. El Juzgado argumentó que el término de ejecutoria se surtió hasta el 16 de diciembre de 2019, el 17 de diciembre de 2019 se remitió a la FIDUPREVISORA, mediante aplicativo ON BASE según oficio P.S. 2328; por tanto, el pago de las cesantías debió efectuarse por tardar el 21 de febrero de 2020.

§16. Por lo tanto, el Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestación realizó el pago el 13 de marzo de 2020 a través de la Fiduprevisora, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello. Y, en consecuencia, se hace acreedor de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el 22 de febrero de 2020 inclusive hasta el 12 de marzo de 2020. La sanción será pagada con base en el salario percibido por el demandante por el año 2020.

1.4. La apelación del FOMAG donde argumentó la necesidad de vinculación de la entidad territorial conforme el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 expedición extemporánea del acto administrativo⁵

§17. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: **(i)** respecto a la responsabilidad del FOMAG en el pago de la sanción por mora, porque “... *el ente Territorial profirió la resolución de reconocimiento de la cesantía en término, es claro que tardó hasta el 27 de diciembre de 2019 para remitirla a la Fiduprevisora, lo cual implica una transgresión a los términos establecidos por el legislador, en cuanto el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, y de ahí la necesidad de que esta entidad sea llamada a responder dentro del presente litigio...*”; **(ii)** conforme al artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, no se puede condenar al FOMAG al pago de alguna indemnización económica judicial.

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§18. Mediante acto judicial del 21 de noviembre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

⁵ 51Apelación.pdf

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 04ConstanciaDespacho.pdf

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§20. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

¿Cuál es la entidad a cargo del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en el caso concreto?

2.3. Entidad obligada al pago de las cesantías y la sanción por mora en su pago

§21. El Honorable Consejo de Estado dejó claro que: “... será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo⁸.”

§22. En lo atinente al procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, la ley 1071 de 2006, por el cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, en el artículo 4, estipuló que la petición de las cesantías debe resolverse dentro de los 15 días hábiles siguientes:

« [...] 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 [...]»

§23. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación con la mora estipuló que el pago de las cesantías debe realizarse a los 45 días hábiles de su aprobación:

“(...) 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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro

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

§24. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§25. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§26. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§27. Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§28. Aunadamente, resalta el Tribunal la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§29. Existe consenso jurisprudencial en cuanto al régimen aplicable a los docentes sobre la mora en el pago de las cesantías, pues la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** del 18 de julio de 2018⁹ indicó:

“PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.”

§30. El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, que subrogó y modificó la Ley 244 de 1995, estipuló que la resolución de reconocimiento de las cesantías se haría en los 15 días

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de su liquidación, supeditada al cumplimiento de los requisitos de ley.

§31. El artículo 5 ídem estipuló que el pago se haría en un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoce las cesantías. En caso de presentarse mora, la entidad estará obligada a cancelar un día de salario por cada día de retardo, hasta el pago.

§32. En cuanto a las diversas formas de notificación y ejecutoria del acto que reconoce las cesantías, después de las cuales corren los 45 días para el pago de la prestación, la sentencia de unificación SUJ-SII-012 del Honorable Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018¹⁰ sintetizó las diversas hipótesis que pueden presentarse:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	<i>no aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)	<i>aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<u>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</u>	<i>Personal</i>	<i><u>10 días, posteriores a la notificación</u></i>	<i><u>45 días posteriores a la ejecutoria</u></i>	<i><u>55 días posteriores a la notificación</u></i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>sin notificar o notificado fuera de término</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal 9</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	<i>Renunció</i>	<i>renunció</i>	<i>45 días después de la renuncia</i>	<i>45 días desde la renuncia</i>
ACTO ESCRITO	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>46 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso.</i>
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>61 días desde la interposición del recurso.</i>

¹⁰ <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2084699>

--	--	--	--	--

-sft-”

§33. En la fecha en que se produjo la mora en este caso concreto, años 2019-2020, estaba vigente el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la cual señaló: **(i)** la responsabilidad por el pago de las cesantías será del FOMAG, y serán reconocidas y liquidadas por la secretaría de educación territorial; **(ii)** no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso que la mora sea de responsabilidad de la entidad territorial; **(iii)** la secretaría de educación será responsable de la sanción por mora en el pago de las cesantías, cuando incumpla los plazo para la radicación o entrega de la solicitud de pago al FOMAG;

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías...

§34. En cuenta a los plazos para el trámite de las cesantías, en este caso concreto estaba vigente el Decreto 1272 de 2018¹¹, de la siguiente manera:

¹¹ “ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del petitionerio.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

Responsable	Trámite	Plazo
	solicitudes correspondientes a reconocimientos deben ser resueltas	15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario
La entidad territorial	elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el	5 días hábiles siguientes a la presentación

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.24. *Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.*

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. *Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.*

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO . *Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.*

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. *Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.*

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. *Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.*

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. *Sanción moratoria. El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.*

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

certificada en educación	requerimiento	
La entidad territorial certificada en educación	subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo	5 días hábiles siguientes a la presentación
La sociedad fiduciaria	deberá impartir su aprobación o desaprobación	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La sociedad fiduciaria	digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La entidad territorial certificada	Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria
La entidad territorial certificada	Presentación de objeciones al proyecto	2 días hábiles
La sociedad fiduciaria	resolver las observaciones	2 días hábiles
entidad territorial certificada	debe expedir el acto administrativo definitivo.	dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción
la entidad territorial certificada	Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado	deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente
sociedad fiduciaria	Pago de los reconocimientos de cesantías	45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo

2.4. En el caso concreto, entidad obligada al pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías

§35. Como se verá más adelante, en este litigio la sanción moratoria se generó entre el **22 de febrero de 2020 inclusive hasta el 12 de marzo de 2020**, y en dicha fecha la responsabilidad del reconocimiento y pago de la sanción estaba a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, según el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Esto sin perjuicio de las acciones correspondientes contra quienes dieron lugar a la mora.

§36. La parte demandada señala que la mora se debe a la entidad territorial, por lo que debe condenársele al pago de la sanción. Además, el FOMAG no cuenta con partidas para el pago de indemnizaciones, según lo ordenado por el artículo 57 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019.

§37. Como sustento fáctico de este cargo, señala que: **(i)** la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial; **(ii)** Departamento de Caldas- Secretaría de Educación, emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la

prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

§38. Como se recordará, el artículo 57 de la Ley 1955 señala que la entidad territorial es responsable de la sanción “...*en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías...*”

§39. **En este caso concreto**, la petición de las cesantías el **31 de octubre de 2019**, el acto de su reconocimiento -**21 de noviembre de 2019** – dentro de los 15 días hábiles siguientes, se notificó el **2 de diciembre de 2021** a la parte demandante en forma personal, por lo que se ejecutorió el **16 de diciembre de 2019**. Al día siguiente, el **17 de diciembre de 2019** la entidad territorial remitió la resolución para el pago, con sello de recibo del mismo día. El pago de las cesantías debió realizarse el 21 de febrero de 2020, las cesantías se pusieron a disposición el 13 de marzo de 2020, fueron reprogramadas para el 23 de junio de 2020 y el pago fue reclamado el 24 de julio de 2020.

§40. De esta manera, la secretaría de educación departamental remitió oportunamente la radicación y entrega la solicitud del pago al FOMAG porque una vez ejecutoriado el acto administrativo, al día siguiente remitió el mismo para el trámite del pago.

§41. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: “*No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*”

§42. En este aspecto, la sentencia condenó al pago de la sanción al “*NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*”

§43. Además, el párrafo del artículo 57 del Decreto 1955 de 2019 se aplica en caso que la entidad territorial sea responsable de la mora. O sea, sólo en el caso de que el ente territorial de lugar a la mora, será de su cargo. Y, “... *En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*”

§44. **En este caso concreto**, como se mencionó, la sanción moratoria se generó en vigencia de la Ley 1955 de 2019, y la entidad territorial remitió oportunamente la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al FOMAG, por lo que no le cabe a aquella responsabilidad en la sanción por mora en el pago de las cesantías.

§45. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§46. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...*requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la*

medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§47. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§48. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§49. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§50. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 30 de junio de 2022, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Johana Diaz Álvarez**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



Pablo Martín Andrés Patiño Mejía



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Teresa Toro Trujillo
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG-
Radicado: 17-001-33-33-001-002021-00055-02
Acto judicial: Sentencia 076

Manizales, veinte(20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

§01. Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§02. **Síntesis:** La parte actora pretende el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales. La primera instancia accedió el reconocimiento de la sanción. El FOMAG apeló para que se revoque la sentencia en su contra y condene a la entidad territorial para el pago de la sanción, conforme lo señala el artículo 57 de la ley 1955 de 2019. La sala confirma la sentencia de primera instancia, al no verificarse mora de la entidad territorial.

§03. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **TERESA TORO TRUJILLO**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio** – en adelante **FOMAG**.

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago inoportuno de las cesantías¹

§04. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

¹ 002DemandaAnexos.pdf

§05. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido el **30 de septiembre de 2020** del silencio de la demandada a la petición del **30 de junio de 2020**, donde se solicitó el pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§06. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción.

§07. **El 24 de febrero de 2020** la parte demandante solicitó a la entidad el reconocimiento de las cesantías parciales, las cuales le fueron concedidas por la **Resolución 1097-6 del 11 de marzo de 2020**, y fueron pagadas el **24 de julio de 2020**, más de los 70 días que tenía para cancelarlas. El **30 de junio de 2020** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud. La conciliación prejudicial ante la Procuraduría se presentó el 25 de noviembre de 2020, se entregó el certificado de no conciliación el **11 de febrero de 2021**, fecha en que se realizó la respectiva audiencia. La demanda se presentó el **05 de marzo de 2021**.

§08. La demanda invocó como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Sustentó que en materia de pago de las cesantías de los docentes oficiales se aplican las normas y las sanciones previstas en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG - FIDUPREVISORA²

§09. Quien apodera a la Nación – Ministerio de Educación y FIDUPREVISORA SA, se opuso a las pretensiones y admitió los hechos que constan en los actos administrativos. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§09.1. Buena fe en la expedición de la Resolución 1097-6 del 11 de marzo de 2020: La Resolución 1097-6 del 11 de marzo de 2020 reconoció cesantías parciales, y se emitió en tiempo no fue controvertido mediante recursos por lo que se presume la buena fe del acto administrativo.

§09.2. El pago de las respectivas cesantías está a cargo de la disponibilidad presupuestal que tenga el estado. Se debe analizar el motivo que generó la mora en el caso que nos ocupa para determinar si corresponde a la Nación Ministerio de Educación Nacional el pago de la misma.

§09.3. Improcedencia de la indexación de la sanción moratoria: Conforme la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 73001233300020140058001 (496115) del 18 de julio de 2018, no es procedente ordenar su ajuste al valor presente, pues se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo y menos remunerado.

2 013 Contestación Fomag pdf

§09.4. **Improcedencia de la condena en costas.** la condena en costas no es objetiva, sino que debe entonces el Juez tener en cuenta la buena fe de la entidad respecto a sus actuaciones procesales.

§09.5. **Caducidad:** El C.P.A.C.A. se encarga de fijar los términos de caducidad de las diferentes acciones contenciosas, el legislador goza de libertad para configurar los procedimientos a través de los cuales se protegen los derechos ciudadanos y la integridad del ordenamiento jurídico.

§09.6. **Prescripción:** que se genere conforme a los artículos 151 del CPT.

§09.7. **Compensación:** De cualquier suma de dinero que resulte probada en el proceso a favor del demandante y que haya sido pagada por mi representada.

§09.8. **Genérica.**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§10. Por auto del 06 de diciembre de 2021, el juzgado de primera instancia ordenó la vinculación del Departamento de Caldas, para integrar el litisconsorcio.

§11. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§11.1. **Cumplimiento de términos por parte de la Entidad Territorial.** Según el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, es obligación de la entidad territorial demostrar la recepción de la solicitud y la expedición del acto administrativo dentro de los 15 días; así como su notificación dentro de los 12 días siguientes. Lo que efectivamente sucedió: la petición se hizo el 24 de febrero de 2020, la resolución de respuesta se expidió el 11 de marzo de 2020, la notificación se hizo el 17 de marzo de 2020, su ejecutoria se cumplió el 21 de abril de 2020, y la remisión para el pago fue el 20 de enero de 2020. Se resalta que en el mes de marzo de 2020, el Gobierno Nacional decretó el Estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, a partir del día 17 de marzo, razón por la cual la ejecutoria del acto administrativo se dio en el mes de abril, por lo tanto este tiempo no puede computársele al Departamento de Caldas, pues es de conocimiento público la contingencia mundial, que generó la no prestación del servicio en condiciones normales.

§11.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la ley.

§11.3. **Prescripción:** solicitó aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965

³ 022Contestacion Depto de Caldas, Pdf

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§12. La Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de los actos presuntos por medio de los cuales se negó la solicitud de acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a las peticiones presentadas por los demandantes, en los procesos radicados 2021-00053, 2021-00055, 2021-00099, 2021-00176, 2021-00181, 2021-00195, 2021- 00206, 2021-00217, 2021-00235, 2021-00251, 2021-00266, 2021-00277 y 2021-00279.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena que se reconozca y cancele a cada uno de los demandantes que a continuación se cita, un (1) día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, con base en los salarios mensuales que devengaban para las fechas de causación de la sanción moratoria así:

(...)

Caso 3 (Rad. 2021-00055) LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagará a la demandante Teresa Toro Trujillo, la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, en razón de 12 días de mora, que se calcularán con la asignación básica devengada en el año 2020.

TERCERO: NEGAR la pretensión de indexación de la sanción moratoria, en los procesos radicados 2021-00053, 2021-00055, 2021-00099, 2021-00181, 2021-00235, 2021-00251 y 2021-00266, donde fue solicitada.

CUARTO: DECLARAR la prosperidad de excepción denominada “COBRO INDEBIDO DE LA SANCIÓN MORATORIA” propuesta por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en el proceso radicado 2021-00177 (Caso 8). La de “INEXISTENCIA DEL DERECHO” propuesta por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL, y de oficio, la de AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DEL Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el proceso radicado 2021-00203 (Caso 11). De oficio se declara la prosperidad de la excepción “AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO” y la de “CUMPLIMIENTO DE TERMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL” propuesta por la Secretaría de Educación Departamental en el proceso radicado 2021-00252 (Caso 16).

QUINTO: Como consecuencia de la anterior declaración, SE NIEGAN las pretensiones de la demanda incoadas en los procesos radicados 2021- 00177, 2021-00203 y 2021-00252.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS en todos los procesos, a favor de los demandantes y en contra de LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a excepción de los procesos con radicado 2021-00177, 2021- 00203 y 2021-00252, en que la condena en costas será en contra de la parte demandante y a favor de LA NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES

⁴20 Sentencia.pdf

SOCIALES DEL MAGISTERIO, dada la no prosperidad de la demanda en estos tres casos. Así también, se condenará en costas de manera conjunta con el Ministerio al DEPARTAMENTO DE CALDAS en los radicados 2021-00099, 2021-00181 y 2021-00277 (...)

§13. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

¿ Hay lugar al reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial, con fundamento en la Ley 1071 de 2006? si así se halla probado deberá analizarse cuál entidad debe ser responsable por el pago de la sanción.

En los casos concretos, ¿el FOMAG canceló las cesantías reconocidas a cada accionante por fuera de los términos a que legalmente estaba obligado, según interpreta la jurisprudencia del Consejo de Estado en este asunto?

¿Debe ser indexado el dinero causado por sanción moratoria que deba pagarse al servidor público al que no le pagan oportunamente las cesantías?

§14. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, en la cual sobre este aspecto unificó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de sanción por mora en el sector docente.

§15. El Juzgado argumentó, que: **(i)** la señora Teresa Toro Trujillo solicitó el pago de las cesantías el 24 de febrero de 2020 y el Departamento de Caldas emitió el acto administrativo de reconocimiento el día 11 de marzo de 2020, es decir, dentro del término estipulado en el artículo 4° de la Ley 1071 de 2006, pues los 15 días vencían el 16 de marzo de ese año; **(ii)** el acto administrativo fue notificado personalmente el 17 de marzo de 2020, pero como este trámite administrativo se adelantó en vigencia de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia COVID-19, su ejecutoria no se surtió corrida tras la notificación, sino que los términos de ejecutoria de los actos administrativos fueron suspendidos mediante Circular Departamental 055 del 24 de marzo de 2020, retomándose su computo el 13 de abril de 2020, conforme la Circular Departamental 073 de la misma fecha; **(iii)** razón por la cual el acto administrativo quedó ejecutoriado el 21 de abril de 2020, y enviado al Fondo para su pago al día hábil siguiente, 22 de abril de 2020, y no el 10 de junio de 2020 como lo aseguró el apoderado judicial del Fondo al presentar sus alegatos en esta audiencia; **(iv)** de ahí que, de ninguna manera el pago en la mora sea imputable al ente territorial como lo aduce el Ministerio demandado, sino en su propia culpa y demora.

§16. Los 45 días que tenía el Fondo para pagar luego de estar notificado y ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento de cesantías, vencieron el 30 de junio de 2020 y el pago se efectuó el 13 de julio de 2020, por lo que se generaron 12 días de mora, y no los 35 días de mora que pide la actora en la demanda, pues la mora no puede calcularse obviando las vicisitudes fácticas y jurídicas que rodeen el caso, aplicando matemáticamente el término dispuesto en la ley, sin atender otras circunstancias también legales y que obedecen a aconteceres fácticos que ni una parte y otra previeron.

1.4. La apelación del FOMAG donde argumentó la necesidad de vinculación de la entidad territorial conforme el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 expedición extemporánea del acto administrativo⁵

§17. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia respecto a la responsabilidad del FOMAG en el pago de la sanción por mora, porque “... *el despacho condenó a pagar por concepto de sanción moratoria a la entidad que el suscrito representa, la totalidad de la sanción mora desconociendo los argumentos presentados en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión frente a la responsabilidad establecida expresamente en la ley 1955 de 2019 artículo 57 Parágrafo Transitorio.*”

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§18. Mediante proveído del 04 de noviembre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§19. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

2.2. Problemas jurídicos

§20. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

¿Cuál es la entidad a cargo del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en el caso concreto?

2.3. Entidad obligada al pago de las cesantías y la sanción por mora en su pago

§21. El Honorable Consejo de Estado dejó claro que: “... *será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo*⁸”

§22. En lo atinente al procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, la ley 1071 de 2006, por el cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, reguló el pago

⁵ 37Apelación.pdf

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 04ConstanciaDespacho.pdf

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, en el artículo 4, estipuló:

« [...] 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 [...]»

§23. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación con la mora estipuló:

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

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

§24. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§25. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§26. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§27. Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§28. Aunadamente, resalta el Tribunal la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§29. Existe consenso jurisprudencial en cuanto al régimen aplicable a los docentes sobre la mora en el pago de las cesantías, pues la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** del 18 de julio de 2018⁹ indicó:

“PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.”

§30. El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, que subrogó y modificó la Ley 244 de 1995, estipuló que la resolución de reconocimiento de las cesantías se haría en los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de su liquidación, supeditada al cumplimiento de los requisitos de ley.

§31. El artículo 5 ídem estipuló que el pago se haría en un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoce las cesantías. En caso de presentarse mora, la entidad estará obligada a cancelar un día de salario por cada día de retardo, hasta el pago.

§32. En cuanto a las diversas formas de notificación y ejecutoria del acto que reconoce las cesantías, después de las cuales corren los 45 días para el pago de la prestación, la sentencia de unificación SUJ-SII-012 del Honorable Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018¹⁰ sintetizó las diversas hipótesis que pueden presentarse:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	<i>no aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<u>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)</u>	<i><u>aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</u></i>	<i><u>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</u></i>	<i><u>45 días posteriores a la ejecutoria</u></i>	<i><u>70 días posteriores a la petición</u></i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

¹⁰ <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2084699>

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 9	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 el 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.

-sft-”

§33. En la fecha en que se produjo la mora en este caso concreto, años 2019-2020, estaba vigente el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la cual señaló: **(i)** la responsabilidad por el pago de las cesantías será del FOMAG, y serán reconocidas y liquidadas por la secretaría de educación territorial; **(ii)** no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; **(iii)** la secretaría de educación será responsable de la sanción por mora en el pago de las cesantías, cuando incumpla los plazo para la radicación o entrega de la solicitud de pago al FOMAG;

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías...”

§34. En cuenta a los plazos para el trámite de las cesantías, en este caso concreto estaba vigente el Decreto 1272 de 2018¹¹, de la siguiente manera:

¹¹ “ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio *deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles* contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.24. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO . Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.

Responsable	Trámite	Plazo
	solicitudes correspondientes a reconocimientos deben ser resueltas	15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario
La entidad territorial certificada en educación	elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento	5 días hábiles siguientes a la presentación
La entidad territorial certificada en educación	subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo	5 días hábiles siguientes a la presentación
La sociedad fiduciaria	deberá impartir su aprobación o desaprobación	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La sociedad fiduciaria	digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La entidad territorial certificada	Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria
La entidad territorial certificada	Presentación de objeciones al proyecto	2 días hábiles
La sociedad fiduciaria	resolver las observaciones	2 días hábiles
entidad territorial certificada	debe expedir el acto administrativo definitivo.	dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción
la entidad territorial certificada	Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado	deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente
sociedad fiduciaria	Pago de los reconocimientos de cesantías	45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo

2.4. En el caso concreto, entidad obligada al pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

§35. Como se verá más adelante, en este litigio la sanción moratoria se generó entre el **30 de junio de 2020 inclusive hasta el 13 de julio de 2020**, y en dicha fecha la responsabilidad del reconocimiento y pago de la sanción estaba a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, según el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Esto sin perjuicio de las acciones correspondientes contra quienes dieron lugar a la mora.

§36. La parte demandada señala que la mora se debe a la entidad territorial, por lo que debe condenársele al pago de la sanción. Además, el FOMAG no cuenta con partidas para el pago de indemnizaciones, según lo ordenado por el artículo 57 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019.

§37. Como sustento fáctico de este cargo, el Fondo señala que: **(i)** la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial; **(ii)** Departamento de Caldas- Secretaría de Educación, emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

§38. Como se recordará, el artículo 57 de la Ley 1955 señala que la entidad territorial es responsable de la sanción “...*en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías...*”

§39. **En este caso concreto**, la petición de las cesantías el **24 de febrero de 2020**, el acto de su reconocimiento se expidió **-11 de marzo de 2020** – dentro de los 15 días hábiles siguientes, se notificó el **17 de marzo de 2020** al demandante personalmente.

§40. Como lo señaló el juzgado correctamente, como este trámite administrativo se adelantó en vigencia de la emergencia sanitaria declarada por la pandemia COVID-19, su ejecutoria no se surtió corrida tras la notificación, sino que los términos de ejecutoria de los actos administrativos fueron suspendidos mediante Circular Departamental 055 del 24 de marzo de 2020, retomándose su cómputo el 13 de abril de 2020, conforme la Circular Departamental 073 de la misma fecha.

§41. El acto administrativo quedó ejecutoriado el 21 de abril de 2020, y enviado al Fondo para su pago al día hábil siguiente, 22 de abril de 2020, sin incurrir en mora la entidad territorial.

§42. El pago de las cesantías debió realizarse el 30 de junio de 2020, las cesantías se pusieron a disposición el 13 de julio de 2020, y reclamado el 24 de julio de 2020.

§43. De esta manera, la secretaría de educación departamental remitió oportunamente la radicación y entrega la solicitud del pago al FOMAG porque una vez ejecutoriado el acto administrativo, al día siguiente remitió el mismo para el trámite del pago.

§44. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: “*No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*”

§45. En este aspecto, la sentencia condenó al pago de la sanción al “*NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*”

§46. Además, el párrafo del artículo 57 del Decreto 1955 de 2019 se aplica en caso de que la entidad territorial sea responsable de la mora. O sea, sólo en el caso de que el ente territorial de lugar a la mora, será de su cargo. Y, “... *En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*”

§47. **En este caso concreto**, como se mencionó, la sanción moratoria se generó en vigencia de la Ley 1955 de 2019, y la entidad territorial remitió oportunamente la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al FOMAG, por lo que no le cabe a aquella responsabilidad en la sanción por mora en el pago de las cesantías.

§48. De esta manera, no prospera este cargo de la apelación contra la sentencia.

3. Costas en esta instancia

§49. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.”

§50. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§51. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, ni la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia.

§52. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§53. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales del 30 de junio de 2022, que accedió a las súplicas de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Teresa Toro Trujillo**, demandante contra la **Nación-Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del**

Magisterio.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN



República de Colombia
Rama Judicial
Honorable Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Sexta de Decisión
Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Sentencia de Segunda Instancia

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Eugenia Llanos Castaño
Demandado: Nación Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FOMAG- Departamento de Caldas
Radicado: 17-001-33-39-006-2021-00264-02
Acto judicial: Sentencia 74

Manizales, veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala de la presente fecha.

§01. **Síntesis:** La parte actora pretende el pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías parciales. La primera instancia accedió el reconocimiento de la sanción. El FOMAG apeló para que: **(i)** se modifique la sentencia en cuanto a que no se debe condenar a 8 días de mora sino 3; y, **(ii)** se revoque la sentencia en su contra y condene a la entidad territorial para el pago de la sanción, conforme lo señala el artículo 57 de la ley 1955 de 2019. La sala modifica la sentencia de primera instancia, en cuanto a los días de mora.

§02. Procede la Sala del Tribunal Administrativo de Caldas a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de junio de 2022 proferida por la Señoría del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por **María Eugenia Llanos Castaño**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio**, en adelante **FOMAG**

1. Antecedentes

1.1. La demanda que solicita la sanción por la mora en el pago inoportuno de las cesantías¹

§03. La sala procederá a interpretar la demanda conforme a su tenor literal y los anexos allegados.

§04. La parte demandante solicitó que se declare la nulidad del acto ficto surgido del silencio de la demandada a la petición del **24 de marzo de 2021**, donde se solicitó el pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo en la cancelación de las cesantías.

§05. A título de restablecimiento del derecho, pidió se reconozca y condene a la demandada al pago de dicha sanción.

§06. **El 04 de agosto de 2020** la parte demandante solicitó a la entidad el reconocimiento de las cesantías, las cuales le fueron concedidas por la **Resolución 2436-6 del 13 de agosto de 2020**, y fueron pagadas el **02 de diciembre de 2020** por lo que transcurrieron 65 días hábiles después de haber radicado la solicitud. El **24 de marzo de 2021** la parte actora reclamó el pago de la sanción por mora, pero la demandada no contestó la solicitud. La conciliación prejudicial ante la Procuraduría se presentó el 09 de septiembre de 2021, se entregó el certificado de no conciliación el **21 de octubre de 2021**, fecha en que se realizó la respectiva audiencia. La demanda se presentó el **04 de noviembre de 2021**.

§07. La demanda invocó como violados los artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 1 y 2 de la Ley 244 de 1995 y, 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006. Sustentó que en materia de pago de las cesantías de los docentes oficiales se aplican las normas y las sanciones previstas en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006. Como la parte demandada incurrió en mora en el pago de las cesantías, debe condenársele a la sanción prevista legalmente.

1.2. La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG - FIDUPREVISORA²

§08. La Nación – Ministerio de Educación- FOMAG y la FIDUPREVISORA SA se opusieron a las pretensiones y admitió los hechos que constan en los actos administrativos. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§08.1. **Ineptitud sustancial de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva del FOMAG para el pago de la sanción moratoria.** El Fondo se encuentra autorizado para pagar de sus propios recursos, cuando el docente demuestre efectiva que no le fueron pagadas las cesantías. No obstante, la nueva normativa introducida traslada cualquier obligación de pago derivada del retardo en el pago de cesantías a la entidad territorial certificada y a la Fiduciaria como administradora y vocera del patrimonio autónomo.

¹ 02DemandaAnexos.pdf

² 10Contestación del FOMAG.pdf

§08.2. **Culpa exclusiva de un tercero aplicación ley 1955 de 2019:** Indica la Secretaria de Educación del departamento de Caldas tardó en radicar la documentación ante la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., pues solo lo hizo hasta el 24 de septiembre de 2020 lo cual implica una transgresión a los términos establecidos por el legislador por parte del ente territorial, en cuanto el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, y de ahí la necesidad de que esta entidad sea llamada a responder dentro del presente litigio

§08.3. **De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad Fiduciaria.** La Fiduprevisora con cargo a los recursos del FOMAG, no es la llamada a soportar la carga o el castigo de una mora que esta no.

§08.4. **Improcedencia de la indexación o actualización monetaria de la sanción moratoria:** según lo estableció la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

§08.5. **Improcedencia de la condena en costas:** porque la entidad actuó de buena fe conforme a la jurisprudencia y a los principios constitucionales.

§08.6. **Sostenibilidad Financiera:** que es un principio inscrito en el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que las decisiones que se toman en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

§08.7. **Genérica.**

1.3. Contestación del Departamento de Caldas³

§09. El departamento se opuso a las pretensiones y admitió los hechos relacionados con el trámite administrativo. Propuso los siguientes medios exceptivos:

§09.1. **Falta de Legitimación en la causa por pasiva.** La entidad territorial no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional.

§09.2. **Buena Fe:** La entidad siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo cabalmente los términos estipulados en la Ley.

§09.3. **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley.** La fiduciaria es la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el FOMAG, conforme al procedimiento establecido en la Ley 91 de 1989 y los decretos 2831 de 2005 y 1272 de 2018.

§09.4. **Prescripción:** Aplicar la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

³15 Contestación del Depto de Caldas .pdf

1.4. La sentencia que accedió a las pretensiones⁴

§10. La Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia de la siguiente manera:

“... PRIMERO: DECLÁRASE NO FUNDADA la excepción de “CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019”” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SEGUNDO: DECLÁRASE FUNDADA la excepción denominada “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA” formulada por el Departamento de Caldas.

TERCERO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA Y NULIDAD del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por la accionante el 24 de marzo de 2021, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías a la señora MARÍA EUGENIA LLANOS CASTAÑO.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar a favor de la señora MARÍA EUGENIA LLANOS CASTAÑO, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.080.397 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, causada desde el día 13 hasta el 20 de noviembre de 2020, inclusive. La sanción deberá ser pagada con base en el salario percibido por la demandante por el año 2020.

QUINTO: ORDÉNASE a la entidad demandada INDEXAR las sumas que resulten a favor del demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia. (...)

§11. El Juez de primera instancia definió como problemas jurídicos los siguiente:

¿TIENE DERECHO LA PARTE DEMANDANTE A QUE SE LE RECONOZCA Y PAGUE LA SANCIÓN MORATORIA CONTEMPLADA EN LA LEY 244 DE 1995, MODIFICADA POR LEY 1071 DE 2006, ¿POR CONCEPTO DEL PAGO INOPORTUNO DE CESANTÍAS?

EN CASO AFIRMATIVO

¿RESULTA PROCEDENTE EL PAGO INDEXADO DE LA SUMAS RECLAMADAS POR CONCEPTO DE SANCIÓN POR MORA?

§12. Realizó un análisis normativo aplicable al caso, citando la sentencia SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018, en la cual sobre este aspecto unificó las reglas jurisprudenciales relacionadas con el reconocimiento de sanción por mora en el sector

⁴20 Sentencia.pdf

docente.

§13. Consideró que la resolución que reconoció las cesantías fue expedida en tiempo y notificada en forma electrónica, por lo que el pago debía ser 45 días luego de la ejecutoria del acto.

§14. El Juzgado argumentó que, de acuerdo a los oficios P.S. 0848 del 8 de septiembre de 2020 y P.S. 0331 del 9 de marzo de 2022, el Departamento de Caldas remitió el acto administrativo para pago a la Fiduprevisora, la cual se hizo el 8 de septiembre de 2020 a través de su aplicativo institucional denominado ON BASE según la firma de la encargada de digitalización. En vista de ello el Fondo accionado tenía plazo para el respectivo pago de las cesantías hasta el 12 de noviembre de 2020.

§15. Pero el pago se puso a disposición el 21 de noviembre de 2020 a través de la Fiduprevisora, incurriendo en mora al haber superado el plazo que disponía para ello y en consecuencia se hace acreedor de la sanción prevista en el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, desde el día 13 hasta el 20 de noviembre de 2020. La sanción deberá ser pagada con base en el salario percibido por el demandante por el año 2020.

1.4. La apelación del FOMAG donde argumentó la necesidad de vinculación de la entidad territorial conforme el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 expedición extemporánea del acto administrativo⁵

§16. En el escrito de apelación solicitó revocar la sentencia de primera instancia, con los siguientes fundamentos: (i) respecto a la responsabilidad del FOMAG en el pago de la sanción por mora, porque “... *el ente Territorial profirió la resolución de reconocimiento de la cesantía en término, es claro que tardó hasta el 27 de diciembre de 2019 para remitirla a la Fiduprevisora, lo cual implica una transgresión a los términos establecidos por el legislador, en cuanto el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas o parciales, y de ahí la necesidad de que esta entidad sea llamada a responder dentro del presente litigio...*”; (ii) “... *el juzgador de primera instancia se equivoca de los días de mora el cual indica que son 8 días en mora, cuando lo correcto son 3 días en mora...*”, del 18 al 21 de noviembre de 2020.

1.5. Actuación de segunda instancia ⁶

§17. Mediante acto judicial del 21 de noviembre de 2022 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y se corrió traslado de alegatos de conclusión. Las partes y el Ministerio Público permanecieron silentes⁷.

2. Consideraciones

2.1. Competencia

§18. La Sala es competente para decidir conforme al artículo 153 del CPACA.

⁵ 51Apelacion.pdf

⁶ 02AutoAdmisiónyTraslado.pdf

⁷ 04ConstanciaDespacho.pdf

2.2. Problemas jurídicos

§19. Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer:

¿Cuál es la entidad a cargo del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en el caso concreto?

2.3. Entidad obligada al pago de las cesantías y la sanción por mora en su pago

§20. El Honorable Consejo de Estado dejó claro que: “... será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo⁸.”

§21. En lo atinente al procedimiento para el reconocimiento y pago de las cesantías, la ley 1071 de 2006, por el cual se adiciona y modifica la ley 244 de 1995, reguló el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, en el artículo 4, estipuló que la petición de las cesantías debe resolverse dentro de los 15 días hábiles siguientes:

« [...] 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 [...]»

§22. Por su parte el artículo 5 ibídem, en relación con la mora estipuló que el pago de las cesantías debe realizarse a los 45 días hábiles de su aprobación:

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

Parágrafo. En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

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 (...)" resaltado por la Sala.

§23. De la preceptiva normativa se establece que la misma reguló la mora en el pago de las cesantías, como el término que la entidad cuenta para expedir el acto administrativo de reconocimiento.

§24. Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan.

§25. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

§26. Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

§27. Aunadamente, resalta el Tribunal la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquel en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

§28. Existe consenso jurisprudencial en cuanto al régimen aplicable a los docentes sobre la mora en el pago de las cesantías, pues la sentencia de unificación **CE-SUJ-SII-012-2018** del 18 de julio de 2018⁹ indicó:

“PRIMERO: 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 mora en el pago de las cesantías.”

§29. El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, que subrogó y modificó la Ley 244 de 1995, estipuló que la resolución de reconocimiento de las cesantías se haría en los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de su liquidación, supeditada al cumplimiento de los requisitos de ley.

§30. El artículo 5 ídem estipuló que el pago se haría en un plazo máximo de 45 días hábiles a partir de la firmeza del acto administrativo que reconoce las cesantías. En

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación de 18 de julio de 2018, expediente radicado: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), demandante Jorge Luis Ospina Cardona.

caso de presentarse mora, la entidad estará obligada a cancelar un día de salario por cada día de retardo, hasta el pago.

§31. En cuanto a las diversas formas de notificación y ejecutoria del acto que reconoce las cesantías, después de las cuales corren los 45 días para el pago de la prestación, la sentencia de unificación SUJ-SII-012 del Honorable Consejo de Estado proferida el 18 de julio de 2018¹⁰ sintetizó las diversas hipótesis que pueden presentarse:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	<i>no aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (DESPUÉS DE 15 DÍAS)	<i>aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
<u>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</u>	<u><i>Electrónica</i></u>	<u><i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i></u>	<u><i>45 días posteriores a la ejecutoria</i></u>	<u><i>55 días posteriores a la notificación</i></u>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>sin notificar o notificado fuera de término</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal 9</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	<i>Renunció</i>	<i>renunció</i>	<i>45 días después de la renuncia</i>	<i>45 días desde la renuncia</i>
ACTO ESCRITO	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>46 días desde la notificación del acto que resuelve el recurso.</i>
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>interpuso recurso</i>	<i>adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>61 días desde la interposición del recurso.</i>

-sft-”

§32. En la fecha en que se produjo la mora en este caso concreto, años 2019-2020,

¹⁰ <http://181.57.206.9:8080/WebRelatoria/FileReferenceServlet?corp=ce&ext=doc&file=2084699>

estaba vigente el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, la cual señaló: **(i)** la responsabilidad por el pago de las cesantías será del FOMAG, y serán reconocidas y liquidadas por la secretaría de educación territorial; **(ii)** no podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en caso que la mora sea de responsabilidad de la entidad territorial; **(iii)** la secretaría de educación será responsable de la sanción por mora en el pago de las cesantías, cuando incumpla los plazos para la radicación o entrega de la solicitud de pago al FOMAG;

“ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías...”

§33. En cuenta a los plazos para el trámite de las cesantías, en este caso concreto estaba vigente el Decreto 1272 de 2018¹¹, de la siguiente manera:

¹¹ “ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.22. Término para resolver las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Las solicitudes correspondientes a reconocimientos de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deben ser resueltas sin exceder 15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.23. Gestión de la entidad territorial en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes a la presentación en debida forma de la solicitud de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, deberá elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la entidad territorial deberá subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo debidamente digitalizado con su respectivo expediente para que sea revisado por la fiduciaria.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.24. Gestión a cargo de la sociedad fiduciaria en las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La sociedad fiduciaria, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, deberá impartir su aprobación o desaprobación argumentando de manera precisa el sentido de su decisión.

Dentro del mismo término indicado en el inciso anterior, la sociedad fiduciaria deberá digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada, a través de la plataforma dispuesta para tal fin.

Responsable	Trámite	Plazo
	solicitudes correspondientes a reconocimientos deben ser resueltas	15 días hábiles contados desde la radicación completa de la solicitud por parte del peticionario
La entidad territorial certificada en educación	elaborar un proyecto de acto administrativo que resuelva el requerimiento	5 días hábiles siguientes a la presentación
La entidad territorial certificada en educación	subir y remitir a través de la plataforma dispuesta para tal fin el proyecto de acto administrativo	5 días hábiles siguientes a la presentación
La sociedad	deberá impartir su aprobación o	dentro de los 5 días hábiles siguientes

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. La entidad territorial certificada en educación, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria, del documento que contiene la aprobación o la desaprobación del proyecto de acto administrativo, deberá expedir el acto administrativo definitivo que resuelva la solicitud de reconocimiento de cesantías.

Si la entidad territorial certificada en educación tiene objeciones frente al resultado de la revisión de que trata el artículo anterior, podrá presentar ante la sociedad fiduciaria las razones de su inconformidad, dentro de los 2 días hábiles siguientes contados desde la recepción del documento que contiene la aprobación o desaprobación del proyecto de acto administrativo.

La sociedad fiduciaria contará con 2 días hábiles para resolver las observaciones propuestas por la entidad territorial certificada en educación, contados desde la recepción del documento que contiene las objeciones del proyecto.

La entidad territorial certificada en educación, dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción, debe expedir el acto administrativo definitivo.

En cualquier caso, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir en la plataforma dispuesta por la sociedad fiduciaria, el acto administrativo digitalizado.

PARÁGRAFO . Bajo ninguna circunstancia, los términos previstos en los incisos 2, 3 y 4 del presente artículo podrán ser entendidos como una ampliación del plazo señalado en el artículo 4 de la Ley 1071 de 2006. En todos los casos, las solicitudes de que trata este artículo deberán resolverse dentro de los 15 días siguientes a la fecha de su radicación completa por parte del peticionario.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. El pago de la sanción moratoria se hará con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin perjuicio de las acciones legales o judiciales correspondientes que se deban adelantar en contra de quien dé lugar a la configuración de la sanción moratoria, con el fin de que el Fondo recupere las sumas pagadas por el incumplimiento de los términos previstos en la Ley 1071 de 2006.

Así mismo, la sociedad fiduciaria deberá interponer las acciones legales correspondientes en contra de las entidades territoriales certificadas en educación por el incumplimiento de los términos indicados en la Ley 1071 de 2006 y reintegrar las sumas de dinero canceladas con ocasión del pago de la sanción moratoria que le sea atribuible.

fiduciaria	desaprobación	al recibo del proyecto de acto administrativo
La sociedad fiduciaria	digitalizar y remitir a la entidad territorial certificada en educación la decisión adoptada	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo del proyecto de acto administrativo
La entidad territorial certificada	Elaboración del acto administrativo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías	dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo, por parte de la sociedad fiduciaria
La entidad territorial certificada	Presentación de objeciones al proyecto	2 días hábiles
La sociedad fiduciaria	resolver las observaciones	2 días hábiles
entidad territorial certificada	debe expedir el acto administrativo definitivo.	dentro del día hábil siguiente contado desde la recepción de la respuesta a la objeción
la entidad territorial certificada	Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado	deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente
sociedad fiduciaria	Pago de los reconocimientos de cesantías	45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo

2.4. En el caso concreto, el juzgado erró en el conteo de la fecha máxima para el pago de las cesantías

§34. La parte demandada señala que: **(i)** la mora en que se incurrió fue de tres días y no de ocho como lo estimó el juzgado; **(ii)** la entidad territorial incurrió en mora, por lo que es responsable de la sanción legal, según lo ordenado por el artículo 57 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019.

§35. **En el caso concreto**, se demostró lo siguiente:

§35.1. **En cuanto a la fecha de presentación de la solicitud de las cesantías**, no existe controversia en que se hizo el 04 de agosto de 2020.¹²

§35.2. **El reconocimiento de las cesantías** se hizo por la **Resolución 2436-6 del 13 de agosto de 2020**¹³.

§35.3. El **24 de agosto de 2020** el acto administrativo fue notificado en forma electrónica, por lo que se aplica la regla jurisprudencial:

¹² 02DemandaAnexos p.20

¹³ 02DemandaAnexos p. 20-22/37.

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
<u>ACTO ESCRITO EN TIEMPO</u>	<u>Electrónica</u>	<u>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</u>	<u>45 días posteriores a la ejecutoria</u>	<u>55 días posteriores a la notificación</u>

§35.4. El acto fue notificado de forma electrónica el **24 de agosto de 2020**.

§35.5. De esta forma, el acto quedó ejecutoriado **7 de septiembre de 2020**.

§35.6. El día siguiente **8 de septiembre de 2020** el acto fue remitido y recibido por el “... digitalizador que la Fiduprevisora ha suministrado en cada SED para el correspondiente cargue de imágenes en la plataforma digital habilitada por la entidad fiduciaria para su respectivo trámite...”, de la plataforma ONBASE, según el manual operativo de prestaciones económicas - secretarías de educación certificadas.¹⁴

§35.7. El Acto Administrativo de expidió dentro del término legal, y fue notificado en forma electrónica la mora corre a partir de **55 días** posteriores a la petición, según la regla establecida por la jurisprudencia de unificación. **Esta regla fue usada por el juzgado de primera instancia.**

§35.8. Sin embargo, en el conteo el juzgado erró, pues la fecha de pago debió ser el **11/11/2020**. O sea, la mora se cuenta a partir del **12/11/2020**, y no el 13 de noviembre de 2020, como lo estimó el juzgado.

§35.9. No prospera el argumento de la apelación que se debió tener en cuenta el artículo 8° de la Ley 2213 de 2022, o sea, contar dos días adicionales para las notificaciones personales por mensaje de datos, porque dicha norma no estaba vigente a la fecha en que se notificó el acto administrativo que concedió la cesantías.

§35.10. En cuanto a la fecha en que los recursos se pusieron a disposición de la parte demandante, el certificado de pago de las cesantías señala que se hizo el **21/11/2020**.¹⁵

§36. De esta forma, la parte apelante tiene razón en cuanto a que la sanción moratoria se generó a partir del **12 de noviembre de 2020**, y se modificará la sentencia de primera instancia en este aspecto.

¹⁴ <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2021/01/Manual-Operativo-Prestaciones-Econo%CC%81micas-Secretari%CC%81as-Educacio%CC%81n-Certificadas-V8.pdf>

¹⁵ 02Prueba deOficio.

2.5. En el caso concreto, el FOMAR es responsable por el pago de la sanción

§37. Como sustento fáctico de este cargo, el FOMAG señala que: (i) la sanción por mora que se haya causado deberá ser asumida en su totalidad por el ente territorial; (ii) Departamento de Caldas- Secretaría de Educación, emitió de forma extemporánea la resolución y como consecuencia de ello se generó una dilación en el pago de la prestación económica, aunado al hecho que no existe una partida presupuestal en el FNPSM destinada a asumir el pago de la sanción por mora.

§38. Como se recordará, el artículo 57 de la Ley 1955 señala que la entidad territorial es responsable de la sanción “...*en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías...*”

§39. **En este caso concreto**, El acto fue notificado de forma electrónica el **24 de agosto de 2020**. De esta forma, el acto quedó ejecutoriado **7 de septiembre de 2020**. El día siguiente **8 de septiembre de 2020** el acto fue remitido y recibido por el “... *digitalizador que la Fidupervisora ha suministrado en cada SED.*”

§40. De esta manera, la secretaria de educación departamental remitió oportunamente la radicación y entrega la solicitud del pago al FOMAG porque una vez ejecutoriado el acto administrativo, al día siguiente remitió el mismo para el trámite del pago.

§41. En cuanto al pago de la sanción, el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 dispuso que: “*No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*”

§42. En este aspecto, la sentencia condenó al pago de la sanción al “*NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.*”

§43. Además, el párrafo del artículo 57 del Decreto 1955 de 2019 se aplica en caso que la entidad territorial sea responsable de la mora. O sea, sólo en el caso de que el ente territorial de lugar a la mora, será de su cargo. Y, “... *En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*”

§44. **En síntesis**, se modificará la sentencia de primera instancia acerca del período de mora, y no se accederá a condenar a la entidad territorial en su pago, porque la sanción moratoria se generó en vigencia de la Ley 1955 de 2019, y la entidad territorial remitió oportunamente la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al FOMAG, por lo que no le cabe a aquella responsabilidad en la sanción por mora en el pago de las cesantías.

3. Costas en esta instancia

§45. En materia de costas, la sección segunda del Consejo de Estado²³ especificó que el CPACA pasó de un criterio subjetivo a uno objetivo-valorativo que:

“...requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

§46. El artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, que adicionó el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, indicó que se impondrán costas a cargo de la parte actora cuando la demanda se presente con evidente falta de fundamento legal.

§47. Se analiza que en esta instancia no se causaron costas, la parte demandante intervino por lo que no se condenará en costas de esta instancia, y la apelación fructificó parcialmente.

§48. La presente sentencia se profiere fuera del turno ordinario de procesos a despacho para sentencia por permitirlo el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

§49. En mérito de lo expuesto, la sala sexta de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Sentencia

PRIMERO: MODIFICAR, parcialmente el numeral “CUARTO” de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales del 22 de agosto de 2022, que accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **María Eugenia Llanos Castaño**, demandante contra la **Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio** , el cual quedará redactado de la siguiente manera:

“CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO pagar a favor de la señora MARÍA EUGENIA LLANOS CASTAÑO, identificada con la cédula de ciudadanía número 25.080.397 las sumas correspondientes a la sanción moratoria prevista en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, causada desde el día 12 de noviembre de 2020 hasta el 20 de noviembre de 2020, inclusive. La sanción deberá ser pagada con base en el salario percibido por la demandante por el año 2020”.

SEGUNDO: No condenar en costas en esta instancia.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de

origen, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia Siglo XXI. Remítase copia de este acto judicial a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Cuarta Especial de Decisión
Magistrado Ponente: *Publio Martín Andrés Patiño Mejía*

Asunto: Resuelve Recusación
Medio de Control: Nulidad Simple
Radicación: 17001-23-33-000-2022-00168-00
Demandantes: Richard Gómez Vargas
Demandada: Asamblea Departamental de Caldas
Acto Judicial: Auto Inter 125

Manizales, veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto aprobado en sala de la presente fecha.

Asunto

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 132 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Procede la Sala Cuarta Especial de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, a decidir sobre el impedimento formulado por el demandante en contra del señor Magistrado Doctor Augusto Ramón Chávez Marín.

Antecedentes

Actuaciones adelantadas proceso de nulidad simple – Sala Cuarta Unitaria de Decisión Oral

El 14 de julio de 2022, en ejercicio del medio de control de nulidad de que trata el artículo 137 del CPACA, el señor Richard Gómez Vargas instauró demanda con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de la Resolución 0439 de 10 de febrero de 2022, “Por la cual se modifica la resolución 0299 de 2021, modificada por las resoluciones 305, 314, 322, 378 y 401 de 2021 por la cual se da inicio a la convocatoria pública CGC-001-2021 para la elección del contralor general del Departamento de Caldas periodo 2022-2025”.

Con auto del 18 de julio de 2022, el Despacho 04 de esta Corporación resolvió admitir la demanda, decisión confirmada por vía de reposición en providencia del 31 de agosto de 2022 (documentos n° 05 y 35 del expediente digital).

Posteriormente, el 2 de noviembre de 2022, el mencionado Despacho negó la solicitud de suspensión provisional de la Resolución n°0439 de 10 de febrero de 2022 (archivo 41 expediente digital).

En auto del 16 de diciembre de 2022, la Sala Unitaria de decisión oral se pronunció sobre las excepciones, fijación del litigio y pruebas en el presente asunto (archivo 58 expediente digital).

El 17 de febrero de 2023 la Sala Cuarta Especial de Decisión de la Corporación, decidió que era infundada la recusación por propuesta por el señor Richard Gómez Vargas en contra del Magistrado de esta Corporación Doctor Augusto Morales Valencia. Y se ordena regresar el expediente al Despacho 04 del Tribunal Administrativo de Caldas¹.

Recusación

El 20 de febrero de 2023², el señor Richard Gómez Vargas, presentó recusación en contra del Magistrado Doctor Augusto Ramón Chávez Marín, con apoyo en la causal 5 del artículo 11 del CPACA, porque considera que el Magistrado carece de imparcialidad en el presente asunto al cursar dos acciones de tutela en contra de la Sala Cuarta de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, la cual está integrada por los Magistrados Publio Martín Andrés Patiño Mejía, Augusto Morales Valencia y Augusto Ramón Chávez Marín.

Señaló que las acciones constitucionales fueron admitidas por el Consejo de Estado y puestas en conocimiento del magistrado recusado como integrante de la Sala Cuarta de decisión.

Pronunciamiento del Magistrado Recusado

El 27 de febrero de 2023³, el Magistrado Augusto Ramón Chávez, no aceptó la procedencia de la causal de recusación formulada en su contra por parte del señor Richard Gómez Vargas. Y ordenó la remisión del expediente a este Despacho Judicial para decidir la recusación propuesta.

El magistrado no aceptó la recusación porque: (i) la causal invocada por el accionante se aplica a los casos propios del procedimiento administrativo y no en eventos que hace parte del proceso contencioso administrativo; (ii) el hecho de haber pertenecido en sala de decisión en asunto distinto al controvertido, que fue objeto de acción de tutela y decida negativamente, no perturba como revisor de la acción pública; (iii) se trata de dos asuntos separados, que no

¹ Expedientedigitalarchivo001autoresuvelrecusación

² Expedientedigitalarchivo001autoresuvelrecusación

³ Expedientedigitalarchivo005AutoDecideRecusación

infiere en la objetividad e imparcialidad del Funcionario Judicial como integrante de la Sala Cuarta de decisión.

Consideraciones

Los impedimentos y recusaciones tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones comprobadas puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Los impedimentos y recusaciones están instituidos en el ordenamiento jurídico para garantizar la independencia y la imparcialidad de los funcionarios judiciales en el desempeño de su labor de administrar justicia. Sobre el particular, el Honorable Consejo de Estado ha expresado que:

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”⁴.

Por su parte, la Alta Corporación Judicial ha precisado que las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, y para que se configure debe existir un interés particular, personal, cierta u actual que impida la decisión; en este sentido precisó:

“Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, son una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional del Juez. Para que se configuren debe existir un “interés particular, personal, cierto y actual, que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento de manera que impida una decisión imparcial.” Su presencia debe afectar el criterio del fallador de modo tal que comprometa su independencia, serenidad de ánimo o transparencia en el proceso. No obstante el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil con la consagración de dichas causales persigue un fin lícito, proporcional y razonable; se debe impedir que en forma temeraria y de mala fe, se utilice el incidente de recusación como estrategia para separar al Juez de los asuntos de su conocimiento. Por lo anterior, la recusación no se debe limitar solamente a hacer afirmaciones subjetivas, sino que se requiere que se invoque la causal y se pruebe la ocurrencia de los hechos denunciados, para que se defina si quien ha sido recusado debe ser separado del conocimiento del proceso correspondiente. (...)”

⁴ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

De otro lado, las normas procesales que regulan las causales de recusación e impedimento para los Consejeros, Magistrados y Jueces se encuentra regulado conforme a las causales establecidas en el artículo 141 del Código General del Proceso, y conforme lo prevé el artículo 130 del CPACA.

Por su parte, el artículo 142, aplicable para el caso en cuestión, señala sobre la improcedencia de la recusación entre otros en el siguiente caso: (...) *No serán recusables ni podrán declararse impedidos los magistrados o jueces a quienes corresponde conocer de la recusación, ni los que deben dirimir los conflictos de competencia, ni los funcionarios comisionados.*”

Descendiendo al caso objeto del presente pronunciamiento, es preciso advertir que frente al proceso de nulidad simple el Magistrado recusado doctor Augusto Ramón Chávez Marín, a través del auto del 17 de febrero de 2023, resolvió a su vez, la recusación presentada por el actor en contra del Doctor Augusto Morales Valencia, la cual fue declarada infundada.

En atención a los cuestionamientos en que se apoya el accionante para recusar al Doctor Augusto Ramón Chávez Marín, considera que se encuentra incurso en la causal 5 del artículo 11 del CPACA, la citada preceptiva reza:

“Artículo 11. Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación: Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento por:

1. Tener interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho. (...)

Visto lo anterior, se observa que la causal invocada por el accionante no es aplicable al presente asunto, dado que invoca fundamentos legales previstos para las actuaciones administrativas que rigen la primera parte del procedimiento administrativo del CPACA.

Seguidamente, fundamenta la causal de manera objetiva en las acciones de tutela formuladas en contra de la Sala Cuarta de Decisión de esta Colegiatura Judicial, y del que integra el Doctor Augusto Ramón Chávez, que afectarían la imparcialidad en el proceso de nulidad simple que se trámite ante dicha sala como revisor de la acción pública.

Sobre dicho aspecto, una vez observado el expediente reposan decisiones judiciales del Consejo de Estado. De la Sección Primera el auto proferido el 23 de mayo de 2021 que ordena remitir por competencia a la sección Quinta. A su vez, por auto del 29 de junio de 2022, ésta última remite por competencia al Tribunal Administrativo de Caldas. No obstante, no reposan piezas procesales de la acción de tutela mencionadas.

De igual manera revisado el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/TitulacionRelatoria/BuscadorProvidenciasTituladas.aspx>, se consultó la sentencia de la acción de tutela de radicado 11001-03-15-000-2022-06159-00, en contra de la Sala Sexta de Decisión Tribunal Administrativo de Caldas.

En dicha tutela, las pretensiones están encaminadas, en procura de la salvaguarda de sus derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso y se pretende que se deje sin efectos el auto del 16 de septiembre de 2022 que revocó la medida cautelar de urgencia ordenada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, relativa a la suspensión de los efectos de la convocatoria pública CGC001-2021 para la elección del Contralor Departamental de Caldas.

Y la acción de tutela de radicado 11001-03-15-000-2022-06761-00, consultada en el link: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/PaginasTransversales/DocumentosExpediente.aspx?numproceso=11001031500020220676100&corporacion=1100103>, instaurada por el actor en contra de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, en la cual se persigue la protección de los derechos fundamentales en la medida de urgencia decretada por La Juez Sexta Administrativa del Circuito de Manizales, en contra de la convocatoria de elección de contralor departamental de caldas 2022-2025

Visto lo anterior, se infiere que las anteriores acciones constitucionales formuladas por el actor pretendían la protección de los derechos fundamentales por la decisión proferida por esta Corporación dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, la cual dejó sin efectos el decreto de la medida cautelar ordenada por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales.

Así las cosas, considera la Sala Dual que no se encuentra configurada causal denunciada de recusación establecida en el artículo 141 del Código General del Proceso, y conforme lo prevé el artículo 130 del CPACA. Lo anterior tiene apoyo en que los medios de control de nulidad simple y constitucional instaurados por el actor Richard Gómez Vargas, se adelantaron por vías judiciales diferentes. Posteriormente, se instauró acción de tutela frente a dichas decisiones en relación con el proceso que se adelanta en contra de la convocatoria para la elección del Departamento de Caldas periodo 2022-2025.

Si bien es cierto, la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, dentro del proceso de acción popular, ordenó revocar la medida cautelar ordenada por el Juzgado en mención, el Doctor Augusto Ramón Chavéz como integrante de dicha Sala, no se encuentra incurso en causal de recusación para ser revisor de la acción de nulidad que se adelanta por el actor en contra de la Asamblea Departamental de Caldas.

De manera que para la Sala en el presente caso no existe causal alguna que amenace a la imparcialidad, o el debido proceso, el libre acceso a la administración de justicia o la igualdad material de las personas ante la ley.

En consecuencia, la Sala declarará infundada la recusación en estudio y ordenará devolver el expediente al Magistrado designado inicialmente para su conocimiento, a efectos de que se reanude el proceso y se continúe con el respectivo trámite procesal que corresponda.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARASE infundada la recusación propuesta por el señor Richard Gómez Vargas contra el señor Magistrado de esta Corporación, Doctor Augusto Ramón Chávez Marín para conocer del medio de control de nulidad de la referencia.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, REGRESE inmediatamente el expediente al Despacho 04 del Tribunal Administrativo de Caldas del cual es titular el Magistrado Augusto Morales Valencia

Notifíquese y cúmplase



PUBLICO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado