

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

| | |
|-------------------|--|
| RADICADO | 17001-33-33-003-2021-00254-02 |
| CLASE | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| DEMANDANTE | ARMANDO CASTRILLÓN GRAJALES |
| DEMANDADO | NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN |
| ASUNTO | IMPEDIMENTO JUECES |

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó **ARMANDO CASTRILLÓN GRAJALES** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; circunstancia que considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas, proceso ingresado a este Despacho el 01 de junio de 2023.

ANTECEDENTES

Mediante demanda presentada el 27/10/2021 la parte demandante solicita se declare la nulidad acto ficto o presunto configurado por la no contestación a la petición radicada el día 25 de enero del año 2021, y a título de restablecimiento del derecho solicita reconocer, reintegrar al actor la bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, y demás emolumentos prestacionales teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% - o más – por la denominada “prima especial” de servicios.

EL IMPEDIMENTO

23 de mayo de 2023, el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales declaró su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, comoquiera que tendría interés directo en las resultados del proceso, toda vez que en su calidad

de Juez de la República tiene un pleito pendiente por el mismo asunto aquí debatido, además que la situación de hecho que se ventila en el sub judice embarga tanto a jueces como a fiscales

Es por lo anterior que se ordena la remisión del expediente al Tribunal Administrativo de Caldas, a efectos de que se resuelva lo pertinente, ingresando efectivamente al Despacho el 01 de junio de 2023.

CONSIDERACIONES

Los impedimentos tienen como fundamento la integridad moral del funcionario que los declara, quien en razón de la existencia de ciertas situaciones puede sentirse condicionado, bien en su fuero interno o en sus circunstancias externas. Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha expresado que:

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción al normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1º del artículo 130 de la Ley 1437/11, las causales de impedimento señaladas en el artículo 141 del Código General del Proceso, son aplicables a los Jueces y Magistrados. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código general del Proceso señala:

“Artículo 141. ...

...

1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso.

...

Con respecto a la causal en mención, puede decirse con certeza que, el interés debe ser concreto derivado de la actuación con respecto a la cual el operador judicial declara su

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

impedimento, además que afecte la propia esfera subjetiva del impedido o de sus parientes, descartando de ello el interés académico que se pueda tener sobre el asunto. Estudiado el expediente conjuntamente con la causal alegada, la Sala encuentra fundado el impedimento manifestado, por cuanto el régimen de los Jueces establece una prima especial de igual naturaleza jurídica a la devengada por los empleados de la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, les asiste un interés indirecto en las resultas del proceso.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjueres que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **ARMANDO CASTRILLÓN GRAJALES** contra la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.**

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**

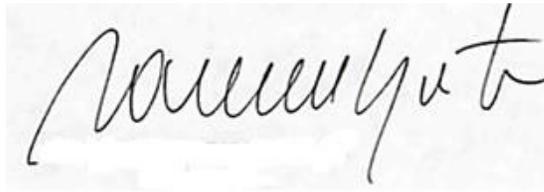
TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039

² “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.” modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

de la misma fecha.



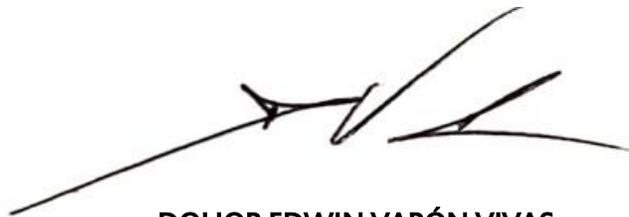
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JULIAN ANDRÉS VARGAS MSCARIN** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 17/02/2023, Vargas Marín, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de La resolución nro. DESAJMAR22-615 emitida el 3 de octubre de 2022 y de la resolución nro. RH-5757 proferida el 31 de octubre de 2022 , por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 25 de abril de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 12 de junio de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos 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. 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...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso

*...
...”*

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. 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

¹ 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).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

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.

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:

(...)

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:

| DENOMINACIÓN DEL CARGO | MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO | | |
|---|---|------------------|------------------|
| | Año 2016 | Año 2017 | Año 2018 |
| Juez Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Juez de Dirección o inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección | 2.491.678 | 2.969.604 | 3.558.846 |
| Juez del Circuito | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.272.185 | 2.708.010 | 3.245.346 |
| Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |

| | | | |
|---|-----------|-----------|-----------|
| Departamento de Policía | | | |
| Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Juez de Instrucción Penal Militar | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Asistente Social Grado 1 | 1.901.012 | 2.265.642 | 2.715.201 |
| Secretario | 1.688.165 | 2.011.969 | 2.411.194 |
| Oficial Mayor o Sustanciador | 1.416.093 | 1.687.712 | 2.022.596 |
| Asistente Social Grado 2 | 1.168.486 | 1.392.611 | 1.668.940 |
| Escribiente | 1.008.526 | 1.201.969 | 1.440.469 |

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite la señora Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.” modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

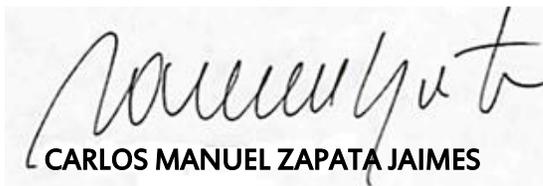
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **JULIAN ANDRÉS VARGAS MASCARÍN** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuerz que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MATEO CIFUENTES SOLANO** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 10/03/2023, Cifuentes Solano, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR23-180 del 28 de febrero de 2023 y de la resolución nro. DESAJMAR23-214 del 3 de marzo de 2023, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el 10 de mayo de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 12 de mayo de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos 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. 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...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

*“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso
...
...”*

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. 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

¹ 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).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

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.

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:

(...)

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:

| DENOMINACIÓN DEL CARGO | MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO | | |
|---|---|------------------|------------------|
| | Año 2016 | Año 2017 | Año 2018 |
| Juez Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Juez de Dirección o inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección | 2.491.678 | 2.969.604 | 3.558.846 |
| Juez del Circuito | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.272.185 | 2.708.010 | 3.245.346 |
| Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |

| | | | |
|---|-----------|-----------|-----------|
| Departamento de Policía | | | |
| Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Juez de Instrucción Penal Militar | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Asistente Social Grado 1 | 1.901.012 | 2.265.642 | 2.715.201 |
| Secretario | 1.688.165 | 2.011.969 | 2.411.194 |
| Oficial Mayor o Sustanciador | 1.416.093 | 1.687.712 | 2.022.596 |
| Asistente Social Grado 2 | 1.168.486 | 1.392.611 | 1.668.940 |
| Escribiente | 1.008.526 | 1.201.969 | 1.440.469 |

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite la señora Juez Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.” modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

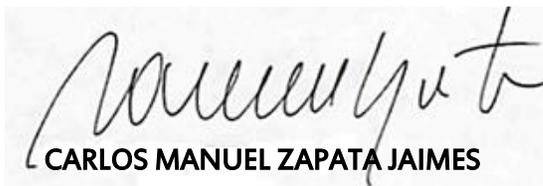
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **MATEO CIFUENTES SOLANO** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JHON ALEXANDER GIRALDO ORDOÑEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 30/03/2023, Giraldo Ordoñez, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR 22-216 suscrita el día 13 de mayo de 2022, y de la Resolución nro. DESAJMAR 22-244 suscrita el 26 de mayo de 2022 por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el 08 de mayo de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 01 de junio de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos 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. 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 paralizada, 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...”

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso

...
...”

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. 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,

¹ 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).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

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.

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:

(...)

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:

| DENOMINACIÓN DEL CARGO | MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO | | |
|---|---|------------------|------------------|
| | Año 2016 | Año 2017 | Año 2018 |
| Juez Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Juez de Dirección o inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección | 2.491.678 | 2.969.604 | 3.558.846 |
| Juez del Circuito | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.272.185 | 2.708.010 | 3.245.346 |
| Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |

| | | | |
|---|-----------|-----------|-----------|
| de | | | |
| Departamento de Policía | | | |
| Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Juez de Instrucción Penal Militar | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Asistente Social Grado 1 | 1.901.012 | 2.265.642 | 2.715.201 |
| Secretario | 1.688.165 | 2.011.969 | 2.411.194 |
| Oficial Mayor o Sustanciador | 1.416.093 | 1.687.712 | 2.022.596 |
| Asistente Social Grado 2 | 1.168.486 | 1.392.611 | 1.668.940 |
| Escribiente | 1.008.526 | 1.201.969 | 1.440.469 |

(...)" /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y, por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

³ "Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.", modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuces que integran la lista.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **JHON ALEXANDER GIRALDO ORDOÑEZ** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuce que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede el Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el impedimento manifestado por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales para conocer el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **URIEL ARANGO OSORIO** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 04/05/2023, Arango Osorio, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de los actos administrativos nro. DESAJMAR23-369 de 21 de abril de 2023 y nro. DESAJMAR23-379 de 25 de abril de 2023. por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

A título de restablecimiento del derecho, impetra se condene a la entidad accionada a liquidar y pagar la señalada bonificación del decreto 383 de 2013, con la inclusión de la misma en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibidos como servidor judicial.

EL IMPEDIMENTO

El Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el 27 de junio de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales. Siendo efectivamente ingresada a este Despacho el 10 de abril de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Los impedimentos 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. 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...”¹.

El artículo 130 de la Ley 1437 de 2011, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

“1. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso

*...
...”*

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 383 de 2013², cuyo artículo 1º dispone también el reconocimiento de dicho rubro en favor de los Jueces del Circuito:

“ARTÍCULO 1º. 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

¹ 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).

² Expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública “Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones”.

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.

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:

(...)

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:

| DENOMINACIÓN DEL CARGO | MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO | | |
|---|---|------------------|------------------|
| | Año 2016 | Año 2017 | Año 2018 |
| Juez Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Juez de Dirección o inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección | 2.509.062 | 2.990.321 | 3.583.675 |
| Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección | 2.491.678 | 2.969.604 | 3.558.846 |
| Juez del Circuito | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.196.230 | 2.617.486 | 3.136.860 |
| Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana | 2.272.185 | 2.708.010 | 3.245.346 |
| Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o de | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |

| | | | |
|---|-----------|-----------|-----------|
| Departamento de Policía | | | |
| Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Juez de Instrucción Penal Militar | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía | 2.358.938 | 2.811.402 | 3.369.253 |
| Asistente Social Grado 1 | 1.901.012 | 2.265.642 | 2.715.201 |
| Secretario | 1.688.165 | 2.011.969 | 2.411.194 |
| Oficial Mayor o Sustanciador | 1.416.093 | 1.687.712 | 2.022.596 |
| Asistente Social Grado 2 | 1.168.486 | 1.392.611 | 1.668.940 |
| Escribiente | 1.008.526 | 1.201.969 | 1.440.469 |

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite el señor Juez manifestó que le asiste un interés directo en las resultados del proceso en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitiman el óbice manifestado por el funcionario, y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, de manera virtual, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

Para el efecto, por la Secretaría **CONVÓCASE** a la parte demandante y a los conjuer que integran la lista.

³ “Por el cual se establecen las reglas generales para el funcionamiento de los tribunales administrativos.” modificado por el Acuerdo No. PSAA12-9482 de 30 de mayo de 2012.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA DE DECISIÓN,

RESUELVE

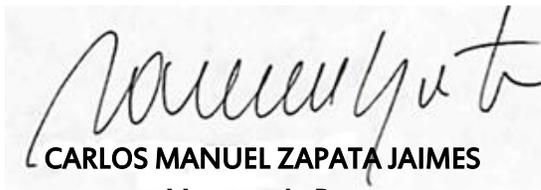
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **URIEL ARANGO OSORIO** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **4 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO A LAS 9:30 A.M.**

TERCERO: COMUNÍQUESE el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



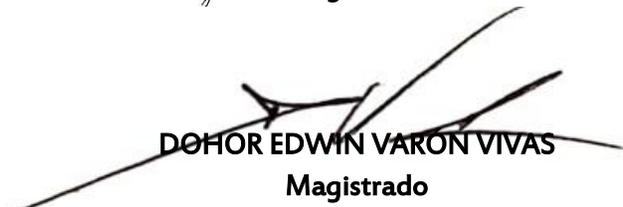
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

A.I. 260

| | |
|-------------------------|--|
| RADICADO | 17001-33-39-006-2022-00151-02 |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| ACCIONANTE | GLORIA INES GIRALDO AMAYA |
| ACCIONADO | LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada el 09 de junio de 2023, los escritos de apelación fueron presentados los días 26 y 27 de junio de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos por las entidades demandadas Departamento de Caldas y la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 09 de junio de 2023.

Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes.

Se advierte a todas las partes que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co, toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 125

Fecha: 24 de julio de 2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIALTRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diecinueve (19) julio de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------|---|
| PROCESO No. | 17001-33-39-005-2020-00294-02 |
| CLASE | PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS |
| ACCIONANTE | ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS |
| ACCIONADOS | MUNICIPIO DE MANIZALES – SECRETARIA DE HACIENDA |

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la impugnación presentada por el municipio de Manizales, contra el fallo proferido el día 08 de junio de 2023 por parte del Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales en el cual se declaró la vulneración por parte de esta entidad al derecho colectivo de seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

La sentencia fue proferida el 08 de junio de 2023, el recurso se interpuso el 15 de junio de 2023, siendo concedido mediante auto del 22 de junio de 2023. El proceso fue repartido a este Despacho el 28 de junio de 2023, siendo admitido el 29 de junio de 2023, pasando a Despacho para sentencia el 07 de julio de 2023.

PRETENSIONES

Solicita el accionante que se protejan los derechos colectivos al ambiente sano, prevención de desastres previsibles técnicamente y defensa de un bien público, solicitando en consecuencia se ordene al municipio de Manizales:

“ 1. Que el señor Juez (a) proceda a una sentencia desde donde se ordenen obras para ejecutar en el inmueble de propiedad del municipio de Manizales, situado en la calle 10ª número 32-55 barrio Centenario de Manizales, para efecto de que tenga las condiciones físicas y estructurales de servicio a la comunidad tal como estaba haciendo durante muchos años con los Usuarios Campesinos de Caldas.

2. Una vez se hagan las obras integrales, se proceda a una destinación social del inmueble.”

HECHOS

Se resumen en los siguientes:

El inmueble situado en el barrio Centenario de Manizales, calle 10ª #32-55 fue concedido en comodato por parte del Municipio al servicio de la Asociación Departamental de Usuarios Campesinos de Caldas, hasta el 9 de febrero de 2020.

Refiere que este inmueble tiene problemas estructurales por lo que requiere de mantenimiento para que pueda cumplir con el objetivo de ponerse al servicio de la comunidad.

Aduce que es necesario hacer un estudio técnico y proceder a las obras que amerite para que vuelva al servicio a la comunidad.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

MUNICIPIO DE MANIZALES: manifestó que el inmueble objeto de la presente acción popular se encuentra localizado en la calle 31 y 32 N° 10ª a 57, barrio Centenario de la ciudad de Manizales, identificado con matrícula inmobiliaria N° 10-54576 y F.C. 10400000197003100000000, es propiedad del municipio de Manizales.

Señaló que, el referenciado inmueble se encuentra en mal estado y que la Unidad de Gestión del Riesgo conceptuó la necesidad del reforzamiento estructural, y la Secretaría de Obras Públicas recomendó la demolición del mismo.

Explicó que el ente territorial tomó la decisión de vender el inmueble, negocio jurídico que contó con la autorización del Concejo Municipal, aprobándose, en consecuencia, la enajenación del inmueble por el Acuerdo 1071 del 10 de diciembre de 2020.

Aduce que, en consecuencia, la presente demanda carece de objeto.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la audiencia de pacto de cumplimiento se llevó a cabo el 01 de marzo de 2022, la cual fue declarada fallida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme a la constancia secretarial del juzgado las partes guardaron silencio.

EL MINISTERIO PÚBLICO: Señaló que en el caso en concreto no se logró acreditar que el municipio de Manizales hubiese efectuado acciones concretas y eficaces para cesar la vulneración del derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, ordenando el reforzamiento estructural de la edificación o la demolición recomendada por los profesionales especializados, no obstante, la alerta que por colapso representa el inmueble.

Explicó que teniendo en cuenta el testimonio del señor Pineda Palacio, asesor de la Alcaldía, la venta se vio frustrada por las condiciones del bien; sin embargo, este hecho no desliga al ente territorial de su carga de adoptar las medidas necesarias para evitar la situación de riesgo por amenaza de colapso que representa la edificación.

Adujo que el problema estructural que representa que el inmueble amenace con colapsar, es latente, por lo que a juicio del agente del Ministerio Público resulta apremiante que por parte del Despacho se emitan las órdenes dirigidas a que el municipio de Manizales adelante los procesos contractuales a la mayor brevedad, dirigidos al reforzamiento estructural del inmueble o a la demolición del mismo.

Finalmente, esgrimió que teniendo en cuenta que se logró establecer la posible ocurrencia derivada de un daño causado por el desplome de la edificación se debe ordenar la adopción de las medidas previas necesarias para prevenir un daño inminente.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de sentencia del 08 de junio de 2023 el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales declaró la vulneración de los derechos colectivos por parte del municipio de Manizales, toda vez que se pudo verificar a lo largo del proceso que el inmueble objeto de la presente acción se encontraba en notorio estado de deterioro, ante lo cual, la Unidad de Gestión del Riesgo conceptuó que se requería la respectiva remodelación o demolición del mismo.

Es así como en la parte resolutive se falló:

PRIMERO: DECLÁRANSE infundadas las excepciones propuestas por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, así como la solicitud de declaratoria de carencia actual de objeto, tal y como se desarrolló supra.

SEGUNDO: DECLÁRASE responsable al **MUNICIPIO DE MANIZALES** de la vulneración de los derechos colectivos contenidos en el literal (I) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998 a "seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente", conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: ORDÉNASE a la Unidad de Gestión del Riesgo que, en el término de 15 días, posteriores a la notificación de esta providencia, realice un estudio técnico, que actualice la condición del inmueble ubicado en la calle 10ª número 32-55 barrio Centenario de Manizales, para que se determine el estado de la edificación.

SE ORDENA además al **MUNICIPIO DE MANIZALES**, que realizado el estudio técnico en el que se incluya la propuesta de intervención, el Municipio de Manizales deberá ejecutar las obras allí determinadas para reforzar la estructura de la edificación, o disponer su demolición, en un término máximo de seis (6) meses, debiendo eso sí, mientras se realiza esta labor, acordonar la zona y disponer los implementos de seguridad necesarios para evitar algún desastre que afecte la integridad de los habitantes.

CUARTO: SE CONFORMARÁ un Comité de Verificación, el cual estará integrado por la Procuradora Judicial I para Asuntos Administrativos adscrita a este Despacho, quien lo presidirá, y hará las funciones secretariales, el Alcalde del Municipio de Manizales, o a quien este delegue, y la parte accionante.

Parágrafo: El Comité se reunirá previa citación que realice su presidente y deberá presentar informe a este Juzgado sobre el cumplimiento de lo acá ordenado. Por la Secretaría del Juzgado, **COMUNÍQUESELES** la designación.

QUINTO: Para los efectos del artículo 80 de la Ley 472 de 1998, por la Secretaría del Despacho, envíese copia del presente fallo a la Defensoría del Pueblo con destino al Registro Público de Acciones Populares y de Grupo.

SEXTO: EJECUTORIADA esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Municipio de Manizales: no está de acuerdo con la providencia de primera instancia en cuanto ordenó la realización de un estudio técnico que determine el estado de la edificación, cuando ya está probado que la misma amenaza ruina, que ya la UGR y la

Secretaría de Obras se han pronunciado dejando claro que la edificación amenaza ruina, por lo que se recomienda su demolición y posterior venta del inmueble.

Para cumplir con este cometido, se solicitó autorización al Concejo de Manizales para la venta del mismo, aportándose al proceso el Acuerdo 1071 diciembre 10/20, donde se acredita este hecho.

Así las cosas, no encuentra razonable hacer más estudios cuando la situación ya está completamente clara, por lo que ordenar un estudio que incluya una propuesta de intervención y ejecutar las obras resulta excesivamente oneroso para el patrimonio público, por lo que se recomienda la demolición de la edificación por parte de las unidades competentes del municipio de Manizales.

CONSIDERACIONES

Persigue la parte accionante que mediante la acción contemplada en el artículo 88 constitucional se garantice se protejan los derechos colectivos al ambiente sano, prevención de desastres previsibles técnicamente y defensa de un bien público, que dice, fueron vulnerados por el municipio de Manizales al no haber realizado obras de mantenimiento en el inmueble de propiedad del municipio de Manizales, situado en la calle 10ª número 32-55 barrio Centenario.

El artículo 88 de la Carta Política dispone en su inciso primero,

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

El artículo reproducido fue desarrollado por la referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2 establece que las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”; que “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”, acción que, a voces del

artículo citado, "podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo". (Subraya la Sala)

De acuerdo a lo anterior, se tienen entonces como elementos necesarios para la procedencia de la acción popular, los siguientes:

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.
- e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

Problema Jurídico.

Corresponde entonces establecer a la Sala, de conformidad con las pruebas aportadas y recaudadas en el curso de trámite, si es procedente ordenar estudios técnicos sobre el inmueble de propiedad del municipio de Manizales, situado en la calle 10 A número 32-55 barrio Centenario, cuando ya el ente territorial ordenó su demolición y venta del mismo por el propio Concejo Municipal.

Análisis Probatorio.

En el cartulario fue allegado el siguiente material probatorio:

-Petición elevada a la Alcaldía de Manizales suscrita por el señor Mario de Jesús Cardona Marín, en la cual se solicita: *"(...) Nosotros los campesinos agrupados en la Asociación Departamental de Usuarios Campesinos queremos manifestarle que durante 21 años consecutivos prestamos servicios humanitarios a familias y personas de origen rural de veredas y municipio lejanos, con el hogar de paso, casa del estudiante campesino, sitio de reunión y capacitación, oficina de proyectos, organización de Mujeres y jóvenes, todo esto en una casa en el barrio Centenario, inmueble que nos entregó la alcaldía en comodato y que se renovó cada 5 años sin dificultades. En el mes de febrero se venció el último comodato y al iniciar la documentación para su renovación por primera vez exigieron visita de la Secretaría de Obras Públicas y de la Oficina de bienes del Municipio de Manizales quienes conceptuaron que por el estado de la edificación no se podría renovar el comodato y llevaron a la UGR quienes ordenaron desocupar **de inmediato por el riesgo de colapso**. (...) Finalmente y de ser posible le solicitamos al señor Alcalde (sic) otro inmueble donde podamos funcionar, o la posibilidad de permitirnos buscar apoyos para la reconstrucción de la que fue sede por 21 años y que ni siquiera alcaldes politiqueros y enemigos del movimiento social nos negaron el derecho de servir"* (Negrilla fuera del texto).

- Petición fechado 15 de octubre de 2020 suscrito por el actor popular y dirigido al Municipio de Manizales, en el cual se solicita: *"(...) visita a la denominada (sic) hogar de paso, casa del estudiante campesino ubicada en el barrio Centenario, inmueble que fuera entregado en calidad de comodato a la asociación de usuarios campesinos. (...) Se informe si actualmente está en comodato o algún uso, en caso negativo se me suministre copia del último comodato y condición jurídica del inmueble, a quién pertenece y cuál es el objeto del mismo. Si se tiene proyectado alguna acción para su uso en consideración a que esté abandonado. Se me suministre datos sobre escritura, si es producto de alguna donación u otra figura jurídica, cuál es su objeto.*

-Oficio SH-OB 846-20 del 20 de octubre de 2020 remitido por la Secretaría de Hacienda del Municipio de Manizales en el cual se le informa al actor popular lo siguiente:

"(...) Esta dependencia procedió a realizar visita al predio de propiedad del Municipio de Manizales, identificado con ficha catastral No 1-04-0197-0031-000 y folio de matrícula inmobiliaria No 100-54576 ubicado en la Calle 10 A No 35-55, barrio Centenario de la ciudad de Manizales. Este inmueble se encontraba entregado a título de comodato a la Asociación Departamental de Usuario Campesinos de Caldas (ADUC) fue el No 1502090063 del 09 de febrero de 2015, con fecha de terminación del 09 de febrero de 2020. El 03 de marzo, el

*supervisor de dicho contrato de comodato, de acuerdo a las condiciones estructurales, el estado en que se encontraba el inmueble de propiedad del municipio de Manizales y con el fin de determinar la procedencia de renovación del mismo, solicitó a la Secretaría de Obras Públicas visita al indicado predio, con el fin de determinar la viabilidad de renovación del contrato de comodato, mediante Oficio SOPM 597-GIC-2020 del 13 de marzo de 2020, la Secretaría de Obras Públicas evidenció agrietamientos y fisuras al interior y exterior del mismo, motivo por el cual requirió la inspección y concepto técnico de la Unidad de Gestión del Riesgo del Municipio. Se anexa informe UGR 736-2020 GED 10163-2020 del 06 de mayo de 2020, emitido por la Directora Técnica (...) y la profesional Universitaria (...) de la Unidad de Gestión del Riesgo, por medio del cual se plasman las observaciones y recomendaciones de la visita realizada. De acuerdo a los informes mencionados en el párrafo anterior, mediante oficio SH OB 324-20 del 15 de mayo de 2020, la Secretaría de Hacienda, le indicó al señor Mario de Jesús Cardona Marín que el contrato de comodato suscrito por el Municipio de Manizales y la Asociación Departamental de usuarios campesinos de Caldas ADUC. Para colocar el predio a disposición de las dependencias de la Administración Municipal, **deberá realizarse el reforzamiento estructural y las reparaciones locativas necesarias para garantizar la seguridad de los usuarios que lo lleguen a habitar, por tal motivo se solicitará cotización de obra y se determinarán las actuaciones a seguir y su uso. (...) El predio (...) fue adquirido por el Municipio de Manizales, mediante transferencia realizada por el señor Pablo Robledo Arango, actuación elevada a escritura pública No 1140 del 08 de julio de 1950 de la Notaría Segunda de Manizales. El inmueble objeto de la solicitud fue entregado en calidad de contrato de comodato a la Asociación Departamental de Usuarios Campesinos (ADUC) desde el mes de agosto del año 2001 hasta febrero del año 2020. Como se dijo inicialmente, dicho contrato de comodato no fue renovado debido a las condiciones físicas y estructurales del predio, lo cual no garantiza la seguridad de los usuarios que lo habitan. (...) En la actualidad el predio objeto de consulta debido a sus condiciones estructurales se encuentra desocupado se solicitará cotización de obra, con el fin de determinar el uso que le dará la Administración Municipal. (...)**" (negrillas fuera del texto)*

-Oficio PC427 CGM 1163 del 26 de octubre de 2020 remitido por la Contraloría General del Municipio de Manizales en la cual se le informa al actor popular: "(...) en nuestra entidad requerimos a la administración municipal, con el propósito de obtener elementos para otorgarle respuesta de fondo a cada uno de los cuestionamientos por usted formulados: En relación con la solicitud de realizar una visita al inmueble anotado para efectuar un diagnóstico de su estado actual, le informamos que por mandato constitucional no le es dado a nuestra entidad participar en actividades administrativas diferentes de las inherentes a nuestro propio funcionamiento, por lo cual no nos está dado efectuar dicho diagnóstico. No obstante, para dar trámite a la solicitud, se informa que de los documentos allegados se evidencia que el mismo fue realizado por la oficina de bienes

*adscrita a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Manizales y la Secretaría de Obras Públicas del Municipio quienes evidenciaron agrietamientos y fisuras en el interior y exterior del inmueble, por lo cual solicitaron inspección y concepto técnico por parte de la Unidad de Gestión del Riesgo de la Alcaldía de Manizales. En esta dependencia efectuaron observaciones y recomendaciones respecto del inmueble, consecuente con lo anterior, la Secretaría de Hacienda del Municipio determinó no prorrogar el comodato debido al mal estado en que se encuentra el bien y el riesgo que representa su utilización. Ante la imposibilidad de efectuar la renovación, la Oficina de Bienes del Municipio ofreció entregar en comodato otro inmueble ubicado en el barrio Galán de Manizales. Según la información allegada a este organismo de control por parte de la Alcaldía de Manizales, el último comodato expiró en febrero de 2020 y dado el estado inmueble se decidió no extenderlo, se anexa copia para su conocimiento y fines pertinentes. **Para dar nuevamente el bien al uso debe realizarse el reforzamiento estructural y las reparaciones locativas a fin de garantizar la seguridad de las personas que lo utilicen.** En respuesta a su solicitud se anexa registro fotográfico aportado a nuestra entidad por la UGR, en las cuales se evidencia el estado del inmueble motivo de la petición. Se informa por parte de la Oficina de Bienes de la Alcaldía de Manizales a esta Contraloría, que se solicitarán cotizaciones a fin de establecer el costo de las reparaciones estructurales para determinar el uso que se dará al inmueble por parte de la Administración Municipal. Al respecto entonces hasta el momento no se evidencia un daño al patrimonio del Estado, razón por la cual no existe mérito aún para el inicio de un proceso de responsabilidad fiscal". (Negrilla fuera del texto)*

-Proyecto de Acuerdo No 025 del 09 de noviembre de 2020 correspondiente al Acuerdo 1071 del 10 de diciembre de 2020 "Por el cual se concede autorización al Alcalde (sic) para enajenar un bien inmueble" el cual establece en su artículo primero:

"Concédase autorización al Alcalde (sic) del Municipio de Manizales para enajenar el siguiente inmueble: 104000001970031000000000, 100-54576, 243 M2 (SIG).

PARÁGRAFO: El Alcalde deberá, al momento de efectuar la enajenación, dar estricto cumplimiento a la normatividad vigente en materia de contratación.

-Certificado de tradición en el cual consta que el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No 100-54576 ubicado en la Calle 3-A Carrera 2 A Barrio Centenario es de propiedad del Municipio de Manizales.

-Concepto emitido por el Comité de Conciliación y Defensa Judicial del municipio de Manizales en el cual se deja constancia: "(...) *Concepto técnico expedido por la Secretaría*

*de Hacienda: (...) Actualmente el Municipio de Manizales es titular inscrito del predio ubicado en la Calle 3 A Carrera 2-A Barrio Centenario de la ciudad de Manizales, identificado con folio de matrícula inmobiliaria número 100-54576 y ficha catastral 104000000019700310000000. Segundo. Sobre el inmueble, a la fecha no existe contrato de comodato vigente. Tercero. Mediante oficio SH OB 221-21 del 19 de marzo de 2021, la profesional universitaria de la Oficina Coordinadora de Bienes adscrita a la Secretaría de Hacienda del Municipio de Manizales, realizó solicitud al Secretario de Obras Públicas del Municipio de Manizales, en el sentido de verificar el estado del inmueble propiedad del municipio de Manizales (...) CUARTO. Por medio del oficio SOPM-919 GIC del 15 de abril del año 2021, el profesional universitario y el secretario del Despacho de la Secretaría de Obras Públicas, dan respuesta al oficio enunciado en el numeral anterior, entre otros, en los siguientes términos: **“Se ratifica la recomendación de demoler la edificación en la medida de las posibilidades e informar a la Secretaría de Hacienda y su oficina de bienes de dicha situación, con el fin de que su uso sea revisado y actualizado a criterio de la entidad y la situación jurídica de la misma. (...) mediante proceso de selección abreviada de enajenación de bien inmueble, se publicó el proceso respectivo sobre el inmueble propiedad del Municipio de Manizales, teniendo en cuenta la siguiente justificación: El Municipio de Manizales es propietario de un inmueble que a la fecha no tiene destinación precisa, lo que le convierte en inmueble inoficioso e improductivo, que al momento no genera un dividendo para el Municipio de Manizales, por el contrario genera unos gastos, es por lo anterior que de poder ser enajenado por el ente territorial, podrá ser desarrollado por el particular que lo adquiera.(...). (negrillas fuera del texto).***

-Respuesta a solicitud de información contenida en el Oficio SH OB 879-22 del 06 de octubre de 2022 y suscrito por la Oficina Coordinadora de Bienes de la Secretaría de Hacienda del Municipio de Manizales, en el cual se informa: *“(...) Me permito manifestar que actualmente existe contrato de comodato No 2209081084 entre el Municipio de Manizales y la Asociación Departamental de Usuarios Campesinos de Caldas ADUC, sobre el inmueble ubicado en la D 8 CARRERA 39 39 22 34 Villa Kempis, identificado con matrícula inmobiliaria 100-53863 y ficha catastral No 0104000005870001000000. El inmueble antes identificado se encuentra recién remodelado y en óptimas condiciones para el uso de la Asociación Departamental de Usuarios Campesinos de Caldas ADUC”.*

-Contrato de comodato No 2209081084 del 8 de septiembre de 2022 suscrito entre el Municipio de Manizales y la Asociación Departamental de usuarios campesinos de Caldas (ADUC) cuyo objeto se circunscribió a: *“(...) OBJETO: El municipio entrega a título de comodato y el comodatario declara recibir al mismo título el siguiente inmueble: Un lote*

de terreno de 19.923 M2 y la construcción en el levantada con un área de 312 M2 ubicado en el barrio Centenario que hace parte del predio identificado con la ficha catastral No 0104000005870000100000 de propiedad del Municipio de Manizales (...) CLÁUSULA SEXTA: PLAZO: El término de duración del presente contrato será de tres (3) años, contados a partir del perfeccionamiento del presente contrato, es decir, a partir de la suscripción del acta de entrega respectiva por parte del funcionario competente. (...) CLÁUSULA NOVENA: Para la ejecución del presente contrato se requerirá la suscripción del acta de entrega del bien inmueble con el respectivo inventario objeto del comodato y la aprobación de las garantías, en caso de exigirse. CLAUSULA DÉCIMA: Entrega del bien. La entrega del inmueble se efectuará dentro de los diez (10) días siguientes a la legalización del presente contrato mediante acta suscrita por el profesional universitario de la Oficina Coordinadora de Bienes de la Secretaría de Hacienda, en representación del COMODANTE por el funcionario adscrito a la Secretaría de Agricultura en calidad de Supervisor y por el señor MARIO DE JESÚS CARDONA MARÍN en calidad de representante legal de la Asociación Departamental de Usuarios Campesinos de Caldas ADUC, facultado para suscribir el presente contrato como comodatario”.

-Testimonio rendido por **Luis Alexander Pineda Palacio** quien en su calidad de Asesor del Despacho de la Alcaldía de Manizales señaló al preguntársele por lo que le consta sobre los hechos y pretensiones de la demanda lo siguiente: “(...) **El inmueble se encontraba en unos daños por lo cual no podía hacerse un comodato y se solicitó al H. Concejo de Manizales la posibilidad de venderlo, lo cual ya se dió de conformidad con el Acuerdo Municipal, de tal manera que se trató de hacer una subasta a través de la Oficina de Bienes, misma que se llevó a cabo, pero se frustró por los daños del inmueble, por lo tanto, se está haciendo una revisión para determinar si es mejor demolerlo y ofrecerlo nuevamente a la venta como tal. (...) es muy importante precisar que fue asignado otro bien inmueble para la asociación como tal de Usuarios Campesinos de Caldas, según consta en un comodato que se realizó en septiembre de 2022, posterior a Ley de Garantías, ya tenemos un comodato vigente sobre el bien inmueble ubicado en la carrera 39 No 22 -34 en Villa Kempis y ellos ya están realizando las actividades que anteriormente desarrollaban, por lo que se consideraría que el tema ya ha sido superado, es decir, ya se pueden ejercer las actividades que adelantaba la asociación teniendo en cuenta que no necesariamente tenía que ser en ese bien inmueble, mismo frente al cual ya tenemos la facultad de venderlo de conformidad con el Acuerdo Municipal aprobado por el Concejo” (negritas fuera del texto).**

MARCO NORMATIVO

Respecto a los derechos invocados como vulnerados por parte del actor popular, el Consejo de Estado¹ expuso:

a. El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público

En relación con este derecho la Corporación ha explicado²:

"[...] Para identificar el núcleo de este derecho colectivo, la Corporación ha acudido, principalmente, a la definición de espacio público que el legislador consignó en el artículo 5 de la ley 9 de 1989, al entenderlo como "el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses, (sic) individuales de los habitantes".

Sobre la base de la anterior definición, en el inciso segundo de la misma norma se señaló que: "constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo". (se resalta)

b. La seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente

En relación con este derecho colectivo la Sección Primera ha explicado lo siguiente³:

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López; Bogotá, DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020); Radicación: 73 001 23 33 000 2015 00627 01

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2018. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Expediente radicación nro. 20001 23 31 000 2010 00478 01.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de marzo de 2015. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Expediente radicación nro. 15001-23-31- 000-2011-00031- 01. Reiterada en sentencia del 18 de mayo de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Expediente radicación 13001- 23- 31- 000- 2011- 00315-01.

"[...] Proclamado por el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, este derecho, orientado a precaver desastres y calamidades de origen natural o humano, busca garantizar por vía de la reacción -ex ante- de las autoridades la efectividad de los derechos y bienes jurídicos reconocidos por la Constitución a las comunidades y a las personas y la conservación de las condiciones normales de vida en un territorio".

Por esto demanda de los entes públicos competentes la adopción de las medidas, programas y proyectos que resulten necesarios y adecuados para solucionar de manera efectiva y con criterio de anticipación (y no solo de reacción posterior a los desastres, como es habitual en las actuaciones de policía administrativa) los problemas que aquejan a la comunidad y que amenazan su bienestar, integridad o tranquilidad y que resultan previsibles y controlables bien por la simple observación de la realidad, bien por medio de la utilización de las ayudas técnicas de las que hoy dispone la Administración Pública. De ahí que esta Sección haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de "evitar la consumación de los distintos tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad", ya no solo naturales (v. gr. fuego, deslizamientos de tierra, inundaciones, sequías, tormentas, epidemias, etc.), sino también –cada vez más– de origen antropocéntrico (v.gr., contaminación del ambiente, intoxicaciones o afectaciones a la salud, destrucción o afectación de la propiedad privada o pública por accidentes, productos, actividades o instalaciones).

Pese al talante preventivo de este derecho colectivo, nada obsta para que su amparo pueda presentarse también ante situaciones que ya no solo constituyen riesgos sino vulneraciones concretas de los derechos e intereses reconocidos por la Constitución y la ley a la comunidad y a las personas que la conforman, y que, por ende, ameritan la intervención del Juez Constitucional. En últimas, tanto la prevención como la protección, corrección y restitución de estos derechos frente a situaciones que los afectan constituyen objetivos propios de las acciones populares; a las que, como se mencionó líneas arriba, es inherente una dimensión preventiva, protectora, reparadora y restitutoria de los derechos que amparan.

De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación, el derecho a la seguridad pública ha sido definido como "parte del concepto de orden público (...) concretado en las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad (...) Su contenido general, implica, de acuerdo con la jurisprudencia citada, en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas".

Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como

presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaure como estándar de sus actuaciones.

No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales. [...]." (subrayas del texto)

Ahora bien, respecto de la carga de la prueba en las acciones populares el Consejo de Estado⁴ ha expuesto que:

Con respecto a la carga de la prueba en acciones populares el artículo 30 de la Ley 472, señala:

"[...]

ARTICULO 30. CARGA DE LA PRUEBA. *La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiere ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios (sic) probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*

[...]".

Se evidencia, entonces, que el actor incumplió con la referida carga pues no probó los hechos ni las supuestas violaciones aducidas en la demanda; tampoco cooperó en la práctica de la prueba oficiosamente decretada.

Esta consecuencia del obrar omisivo de la parte demandante ya ha sido destacada por la jurisprudencia de esta Sala, como se expresó en sentencia de esta Sección el 13 de noviembre de 2014⁵, en la cual señaló:

"[...]

⁴ C.E.; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; C.P: Hernando Sánchez Sánchez; Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00835-01(AP)

⁵ Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala, Radicación Número: 17001-23-31-000-2012-00327-02(Ap). Actor: Javier Elías Arias Idarraga. Demandado: Municipio De Chinchiná - Caldas; Registraduría Nacional Del Estado Civil.

Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.

Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, la jurisprudencia⁶ de esta Sección ha indicado:

"[...] la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba. "Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia."

Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea aprobada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular."⁷
(Negrillas por fuera del texto).

[...] (Negrillas y subrayas del texto)

⁶ Sentencia del 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 50001-23-31-000-2004-0640-01.

⁷ Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00779-01(AP), Actor: Luis Carlos Domínguez Prada, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Ahora bien, respecto de las competencias del municipio en materia de gestión del riesgo el Gobierno Nacional mediante la Ley 1523 de 24 de abril de 2012⁸, adoptó la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y estableció el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Respecto de la gestión del riesgo de desastres la norma en cita en su artículo 1 dispone:

De la gestión del riesgo de desastres. La gestión del riesgo de desastres, en adelante la gestión del riesgo, es un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y para el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible.

Parágrafo 1°.

La gestión del riesgo se constituye en una política de desarrollo indispensable para asegurar la sostenibilidad, la seguridad territorial, los derechos e intereses colectivos, mejorar la calidad de vida de las poblaciones y las comunidades en riesgo y, por lo tanto, está intrínsecamente asociada con la planificación del desarrollo seguro, con la gestión ambiental territorial sostenible, en todos los niveles de gobierno y la efectiva participación de la población.

Parágrafo 2°.

Para todos los efectos legales, la gestión del riesgo incorpora lo que hasta ahora se ha denominado en normas anteriores prevención, atención y recuperación de desastres, manejo de emergencias y reducción de riesgos.

Asimismo, dispuso que era una política de desarrollo indispensable para asegurar, entre otros, la seguridad territorial y los derechos e intereses colectivos de las poblaciones y las comunidades en riesgo, razón por la que debe estar intrínsecamente asociada con la planificación del desarrollo seguro, con la gestión ambiental territorial sostenible, en todos los niveles de gobierno y la efectiva participación de la población.

A su turno el artículo 2 dispuso:

De la responsabilidad. La gestión del riesgo es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano.

En cumplimiento de esta responsabilidad, las entidades públicas, privadas y comunitarias desarrollarán y ejecutarán los procesos de

⁸ Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones

gestión del riesgo, entiéndase: conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres.

Por su parte, los habitantes del territorio nacional, corresponsables de la gestión del riesgo, actuarán con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes, y acatarán lo dispuesto por las autoridades.

Conforme a lo anterior es claro que la Ley 1523 señaló como responsables de la gestión del riesgo a todas las autoridades y habitantes del territorio. En consecuencia, tratándose de las autoridades, asignó a las entidades públicas, privadas y comunitarias el desarrollo y ejecución de los procesos de gestión del riesgo que comprenden conocimiento y reducción del riesgo y manejo de desastres, en el marco de sus competencias, su ámbito de actuación y su jurisdicción, como componentes del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres. Por su parte, cuando se trata de los habitantes del territorio, los hizo corresponsables de la gestión del riesgo y, por tanto, deben actuar con precaución, solidaridad, autoprotección, tanto en lo personal como en lo de sus bienes y acatar lo dispuesto por las autoridades.

En relación con el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres -Sistema Nacional, su artículo 5° *ibidem* dispuso que era el conjunto de entidades públicas, privadas, de políticas, normas, procesos, recursos, planes, estrategias, instrumentos, mecanismos, así como la información atinente a la temática, que se aplica de manera organizada para garantizar la gestión del riesgo en el País.

En los ámbitos territoriales, está Sala de Decisión encuentra que la ley otorgó funciones específicas en materia de gestión del riesgo a los alcaldes, las cuales son las descritas a continuación:

Artículo 14. Los Alcaldes (sic) en el Sistema Nacional. Los alcaldes como jefes de la administración local representan al Sistema Nacional en el Distrito y el municipio. El alcalde, como conductor del desarrollo local, es el responsable directo de la implementación de los procesos de gestión del riesgo en el distrito o municipio, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres en el área de su jurisdicción.

Parágrafo. Los alcaldes y la administración municipal o distrital, deberán integrar en la planificación del desarrollo local, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo de desastres, especialmente, a través de los planes de ordenamiento

territorial, de desarrollo municipal o distrital y demás instrumentos de gestión pública.

Adicional a lo anterior, tanto los alcaldes como los gobernadores deberán⁹:

- “[...] Formular e implementar planes de gestión del riesgo para priorizar, programar y ejecutar acciones por parte de las entidades del sistema nacional, en el marco de los procesos de conocimiento del riesgo, reducción del riesgo y de manejo de desastres, como parte del ordenamiento territorial y del desarrollo, así como para realizar su seguimiento y evaluación [...]”¹⁰.

- “Formular y concertar con sus respectivos consejos de gestión del riesgo, un plan de gestión del riesgo de desastres y una estrategia para la respuesta a emergencias de su respectiva jurisdicción, en armonía con el plan de gestión del riesgo y la estrategia de respuestas nacionales. El plan y la estrategia, y sus actualizaciones, serán adoptados mediante decreto expedido por el gobernador o alcalde, según el caso en un plazo no mayor a noventa (90) días, posteriores a la fecha en que se sancione la presente ley”¹¹.

- Integrar en los planes de ordenamiento territorial el análisis del riesgo en el diagnóstico biofísico, económico y socioambiental y, considerar, el riesgo de desastres, como un condicionante para el uso y la ocupación del territorio, procurando de esta forma evitar la configuración de nuevas condiciones de riesgo. Asimismo, en un plazo no mayor a un año, contado a partir de que se sancione la Ley 1523, deberán revisar y ajustar los planes de ordenamiento territorial y de desarrollo municipal y departamental vigentes que no hubiesen incluido la gestión del riesgo¹² [...]” (negrillas del texto)

Por su parte, la Ley 388 de 1997 establece dentro de sus objetivos *“el establecimiento de los mecanismos que permitan al municipio, en ejercicio de su autonomía, promover el ordenamiento de su territorio, el uso equitativo y racional del suelo, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural localizado en su ámbito territorial y la prevención de desastres en asentamientos de alto riesgo, así como la ejecución de acciones urbanísticas eficientes”*. Estas acciones urbanísticas incluyen, entre otros aspectos, la localización de áreas críticas de control para la prevención de desastres. Además de estos deberes y facultades, cuando una construcción se ha desarrollado con violación a las normas urbanísticas, ambientales o de ordenamiento territorial, o cuando la edificación amenaza ruina, los alcaldes tienen incluso el deber de imponer, como medida correctiva, la demolición de la obra, según el Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016, arts. 172-174), con el objeto de prevenir, procurar y proteger la convivencia ciudadana.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 11 de julio de 2019. M.P: Nubia Margoth Peña Garzón. Rad. 63001-23-33-000-2018-00036-01.

¹⁰ Ley 1523 de 2012. Artículo 32

¹¹ Ley 1523 de 2012. Artículo 37

¹² Ley 1523 de 2012. Artículo 39

Ahora bien, de conformidad con el diagnóstico efectuado por la Unidad de Gestión de Riesgo del Municipio de Manizales, el inmueble ubicado en la Calle 10 A No 35-55, barrio Centenario de la ciudad de Manizales, amenaza colapso, motivo por el cual, desde la Secretaría de Obras del Ente Territorial demandado, se recomendó la demolición de la edificación (oficio SOPM-919 GIC del 15 de abril del año 2021).

De otro lado, obra en el expediente el Acuerdo Acuerdo 1071 del 10 de diciembre de 2020 expedido por el Concejo Municipal *“Por el cual se concede autorización al alcalde para enajenar un bien inmueble”*, estableciendo en su artículo primero:

Artículo primero: “Concédase autorización al Alcalde (sic) del Municipio de Manizales para enajenar el siguiente inmueble: 104000001970031000000000, 100-54576, 243 M2 (SIG).

PARÁGRAFO: El Alcalde deberá, al momento de efectuar la enajenación, dar estricto cumplimiento a la normatividad vigente en materia de contratación.

De acuerdo a lo probado quedó demostrado que el inmueble objeto de la presente controversia se encuentra en notorio estado de deterioro, ante lo cual, la Unidad de Gestión del Riesgo conceptuó que se requería la respectiva demolición, lo que impide que la administración destine dicha edificación para su funcionamiento, de tal suerte que se solicitó permiso al Concejo Municipal para enajenar el predio, el cual fue otorgado mediante acuerdo. En este orden de ideas es claro que, las autoridades administrativas correspondientes del municipio ya determinaron la disposición sobre ese inmueble, previo concepto sobre la inestabilidad de la estructura, y previa demolición para proceder a la venta del terreno, de suerte que, al existir una decisión política respecto de la situación de ruina presentada en el edificio objeto de la presente controversia, no encuentra esta Sala procedente la orden del juez en el sentido de realizar unos estudios para determinar la procedencia de la remodelación o demolición de la estructura que se encuentra en el bien inmueble, pues se insiste la unidad competente del municipio ya determinó que dado el estado de ruina de la estructura su remodelación no es viable debiéndose demoler la misma a efectos de prevenir un desplome de la estructura que pueda generar un riesgo para la comunidad.

Debe por demás señalar esta Sala, que la edificación debido a su daño estructural, que deviene en un estado de ruina, se encuentra desocupado sin que allí se esté prestando algún servicio a la comunidad.

En tal sentido, si bien éste amenaza ruina, y por ello un peligro para la comunidad, lo que puede generar una vulneración al derecho incoado, también lo es que la administración ya adelantó todas las gestiones tendientes a proceder a la demolición de la edificación ubicado en la Calle 10 A No 35-55, barrio Centenario de la ciudad de Manizales, es ahora imposible una decisión judicial que contravenga las resoluciones que desde el mismo Concejo Municipal se hicieron, teniendo en cuenta que están ejerciendo precisamente funciones constitucionales y legales, de las cuales el Juez no puede tener injerencia.

Sin embargo, lo que sí debe garantizar este Juez plural, es que se elimine el riesgo que con el mal estado actual de la estructura, como se ha sostenido tantas veces, pueda tener en la comunidad al posiblemente caerse en cualquier momento, por lo que considera que aquí sí es necesaria la intervención para que se den las órdenes pertinentes a efectos de que se haga esta demolición dentro de un plazo razonable, y luego si es el deseo de la administración, puedan cumplir el cometido del acuerdo frente a la venta del inmueble.

Por lo anterior, considera esta Sala, que el ordinal tercero de la sentencia emitida en primera instancia amerita ser revocado y en su lugar deberá ordenarse al municipio de Manizales que en el término de seis (06) meses adelante las gestiones administrativas necesarias para la demolición de la edificación ubicada en la calle 10ª número 32-55 barrio Centenario de Manizales, la cual amenaza desplome, y a continuación proceda con la enajenación del predio autorizada por el parte del Concejo mediante el Acuerdo 1071 del 10 de diciembre de 2020.

COSTAS

No se condena en costas por ser una acción constitucional, presentada en defensa del interés público, sumado a que en segunda instancia ninguna actuación por parte del actor popular se surtió que justifique su reconocimiento.

Es por lo expuesto que la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la **República de Colombia** y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.REVOCAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida por el **JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, el 08 de junio de 2023, dentro del

presente medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS**
promovió **ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**,

En su lugar:

TERCERO: ORDÉNASE al MUNICIPIO DE MANIZALES que en el término de seis (06) meses adelante las gestiones administrativas necesarias para la demolición de la edificación ubicada en la calle 10ª número 32-55 barrio Centenario de Manizales, la cual amenaza desplome, y a continuación proceda con la enajenación del predio autorizada por parte del Concejo mediante el Acuerdo 1071 del 10 de diciembre de 2020. Debiendo eso sí, mientras se realiza esta labor, acordonar la zona y disponer los implementos de seguridad necesarios para evitar algún desastre que afecte la integridad de los habitantes.

2. **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia recurrida.

3. **SIN COSTAS** en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.

4. **EJECUTORIADA** esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------------------|--|
| RADICADO | 17-001-33-33-003-2022-00128-02 |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| ACCIONANTE | NHADIA VANESSA JIMENEZ MARÍN |
| ACCIONADO | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicita que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-713 del 12 de octubre de 2021, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Aseguró que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, 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.

Explicó 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 prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió 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 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó 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 DE LA DEMANDA.

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se pronunció sobre los hechos indicando de unos eran ciertos; que otro no lo eran; que otros lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resalto que Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:** resaltó que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 no puede ser aplicada a la entidad en tanto no ostenta la calidad de empleador, y en dado caso la responsabilidad sería de la entidad territorial quien es la responsable del trámite y reconocimiento de la prestación.

- **Inexistencia de la obligación:** lo que se solicitó en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el Fondo, siendo que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura de la entidad, y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente.

Así mismo, aseguró que se equivoca el demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

- **Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG:** al interior del sistema especial, tal como se ha explicado, el empleador (ente territorial) no realiza la consignación de las sumas monetarias por conceptos de cesantías de sus docentes trabajadores al patrimonio autónomo. A su vez, ni el Fondo, ni la fiduciaria que lo administra, realizan esta consignación. Por un lado, porque no son empleadores del docente, y, por el otro, porque los recursos que financian esta prestación han sido pre-girados y depositados en el fondo común, cuya característica es la “unidad de caja”, por parte del Ministerio de Hacienda, ente que previamente los ha descontado de aquellos recursos destinados a los entes territoriales, provenientes del Sistema General de Participaciones.

En cuanto a la condena en costas, indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia; por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA, la demanda carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés que dispone *“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” declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia allegada por la parte actora, SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional respecto de las reclamaciones de la accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda invocadas por Nhadia Vanessa Jiménez Marín, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

TERCERO: Sin condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia. (...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #22 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los 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.

En cuanto a los intereses de las cesantías, precisó que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975, señaló que sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de*

Educación)” – “Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”. - Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”. – “Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”. – “Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”; “Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”. – “Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”. – “Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido 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, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- La demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$2.653.422, e intereses a las cesantías por \$485.772, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-713 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, 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.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. 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 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. 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 1º. *El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarrearán las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.*

² “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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 1º. *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.*

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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 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...".

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 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.*

Lo expuesto denota que 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 nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen 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 anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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 1995³ 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 aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ 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 2006⁶, 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, la Corte 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 3 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 enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala,

³ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁴ "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".

⁵ 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)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ 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).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁹ 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)

se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto, es posible concluir que los docentes afiliados al Fondo 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 educadores 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 de la situación planteada en este caso, 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 intereses a las cesantías, los docentes afiliados al Fondo, 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> |
|--|--|
| <i>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> | <i>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el</i> |

| | |
|---|--|
| <p>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000</p> | <p>año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840</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 1989¹⁰.

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).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“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.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de las partes en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido **NHADIA VANESSA JIMÉNEZ MARÍN**

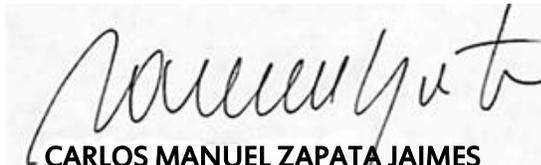
contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------------------|--|
| RADICADO | 17-001-33-33-003-2022-00067-02 |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| ACCIONANTE | ADRIANA MARÍA ÁLVAREZ QUICENO |
| ACCIONADO | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicita que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-552 del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 14 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, 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.

Explicó 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 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió 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 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó 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 DE LA DEMANDA.

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resalto que Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** la parte actora incurre en un error al determinar que es el Fondo al que le corresponde el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, pues su reconocimiento corresponde al ente territorial; aspecto diferente es que, en el evento de accederse a pretensiones, el departamento deba proceder al pago a través del Fondo.
- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.
- **Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG:** adujo que la actividad operativa de consignación de las cesantías antes del 15 de febrero en un fondo al interior de los regímenes que regulan esta prestación constituye condición para que en un caso concreto se abra paso la indemnización por consignación extemporánea; es decir, que la inobservancia del primer acto conduce en forma consecencial a la configuración de la penalidad peticionada, pero como se ha mencionado en el caso del sistema especial del Fondo el empleador (ente territorial) no realiza la consignación de las sumas monetarias por concepto de cesantías de sus docentes ya que estos han sido pre girados y depositados en el fondo común cuya característica es la unidad de caja.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia, por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA el libelo petitorio carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“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”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia allegada por la parte actora, SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el

anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones de la accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda invocadas por Adriana María Álvarez Quiceno, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

TERCERO: Sin condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

(...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #22 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del

contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los 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.

En cuanto a los intereses de las cesantías, precisó que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975, señaló que sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es*

posible establecer límite final de la sanción moratoria”. –“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”. –“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido 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, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

➤ La demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses

a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$2.978.665, e intereses a las cesantías por \$632.627, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.

- El 14 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-552 del 21 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, 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.

¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

² “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. 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 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. 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 1º. *El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarrearán las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.*

Parágrafo 2º. *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 9º. 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 1º. *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.*

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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 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...".

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 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.

Lo expuesto denota que 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 nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen 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 anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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 1995³ 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 aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ 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 2006⁶, 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, la Corte 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 3 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 enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

³ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁴ "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".

⁵ 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)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷ 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).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁹ 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, es posible concluir que los docentes afiliados al Fondo 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 educadores 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 de la situación planteada en este caso, 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 intereses a las cesantías, los docentes afiliados al Fondo, 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><i>Salario: \$1.200.000</i></p> <p><i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i></p> <p><i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i></p> <p><i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000</i></p> | <p><i>Salario: \$1.200.000</i></p> <p><i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i></p> <p><i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i></p> <p><i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF:</i></p> |

| | |
|--|---|
| | <p>6.37% sobre todo el saldo de cesantías):</p> <p>\$840.840</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 1989¹⁰.

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).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“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.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de las partes en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido **ADRIANA MARÍA ÁLVAREZ QUICENO**

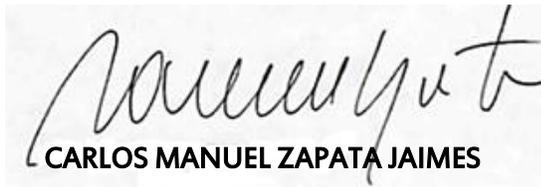
contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, diecinueve (19) de julio de dos mil veintitrés (2023)

| | |
|-------------------------|--|
| RADICADO | 17-001-33-33-003-2022-00112-02 |
| MEDIO DE CONTROL | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO |
| ACCIONANTE | SARA STELLA MUÑOZ ÁLVAREZ |
| ACCIONADO | NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS |

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicita que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-397 del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, LA demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 10 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, 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.

Explicó 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 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió 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 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó 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 DE LA DEMANDA.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros lo eran parcialmente; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco estaría bajo su responsabilidad, ya que la entidad cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** 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.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se pronunció sobre los hechos indicando de unos eran cierto; que otro no lo eran; que otros lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resalto que Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** resaltó que en este caso se solicitó la nulidad de un acto ficto por la no respuesta a petición presentada el 13 de julio de 2021, pero por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 el silencio administrativo se configura cuando transcurridos 3 meses contados a partir de la

presentación de una petición no se ha notificado decisión que la resuelva, caso en el cual se entenderá que es negativa.

- **Inexistencia de la obligación:** adujo que lo que se solicitó en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del líbello se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del educador en el Fondo, siendo que, la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibile la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que, el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura de la entidad, y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente.

Así mismo, se equivoca la demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

En cuanto a la condena en costas, indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia; por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA, la demanda carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una

situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés que dispone *“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”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia allegada por la parte actora, SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional respecto de las reclamaciones de la accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda invocadas por SARA STELLA - MUÑOZ ALVAREZ, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C-928 de 2006.

TERCERO: Sin condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia. (...).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #23 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los 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.

En cuanto a los intereses de las cesantías, precisó que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso

primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975, señaló que sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Imprudencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. – *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. – *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”*.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido 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, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- La demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.001.609, e intereses a las cesantías por \$832.996, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 10 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-397 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el

reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al

¹ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, 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.

Y en su artículo 1º dispuso la norma anterior que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que la falta de afiliación acarrea para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al multicitado Fondo (artículo 2).

En lo que respecta a este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. 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 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. 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.

² “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Parágrafo 1º. *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 2º. *Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos previsionales 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 9º. 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 8º 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 8º 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 1º. *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 2º. *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 1º. *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.*

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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 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...".

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 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.*

Lo expuesto denota que 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 nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen 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 anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

En cuanto a la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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 1995³ 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 aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ 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 2006⁶, 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, la Corte 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 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en

³ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁴ "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".

⁵ 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)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto, es posible concluir que los docentes afiliados al Fondo 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 educadores 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 de la situación planteada en este caso, 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 intereses a las cesantías, los docentes afiliados al Fondo, 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:

⁷ 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).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁹ 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)

| 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): \$400.000 | 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): \$840.840 |

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 1989¹⁰.

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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.”
(Negrillas fuera de texto).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia*

Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período". Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que "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."

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

Costas

En el presente asunto, pese a lo señalado en el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condena en costas toda vez que no existió actuación de las partes en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

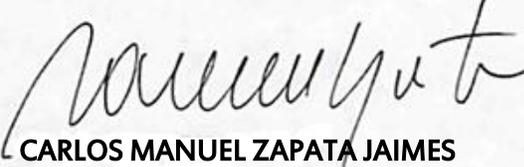
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido **SARA STELLA MUÑOZ ÁLVAREZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *"Justicia Siglo XXI"*.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de julio de 2023 según acta nro. 039 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 088

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2021-00229-02
Demandante: Angela Amador Salazar
Demandado: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n°037 del 21 de julio de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Angela Amador Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG²).

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 7 de octubre de 2021, se solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

³ Archivo n° 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto originado con ocasión del silencio administrativo negativo frente a la petición presentada el 15 de diciembre de 2020, que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria que prevé la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías.
2. Que se declare que a la parte actora le asiste derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria referida.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde los 70 días hábiles después de haber radicado la solicitud de cesantía ante la entidad y hasta cuando el pago de la misma se hizo efectivo.
4. Que se ordene a la demandada dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
5. Que se condene a la parte accionada al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria, de conformidad con el artículo 187 del CPACA.
6. Que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúe el pago de la sanción moratoria.
7. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁴:

1. El FOMAG fue creado por el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, y le fue asignada la función de pagar las cesantías a los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial (artículo 15 *ibidem*).
2. Teniendo en cuenta lo anterior y dado que la parte accionante labora como docente, el 28 de septiembre de 2019 elevó solicitud ante el FOMAG de reconocimiento y pago de la cesantía a que tenía derecho.

⁴ Páginas 3, 4 y 5 del archivo n° 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

3. Con Resolución nº 8845-6 del 29 de octubre de 2018, le fue reconocida a la parte demandante la cesantía solicitada; la cual fue pagada el 18 de noviembre de 2019.
4. El plazo para cancelar la cesantía requerida vencía el 14 de enero de 2019, pero esto sólo se surtió el 18 de noviembre de 2019, transcurriendo así más de 308 días de mora contados a partir de los 70 días hábiles que tenía la entidad para el reconocimiento y pago.
5. La parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria; petición que fue atendida desfavorablemente en forma ficta o presunta.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones⁵: Ley 91 de 1989: artículos 5, 9 y 15; Ley 244 de 1995: artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006: artículos 4 y 5; y Decreto 2831 de 2005.

Refirió que a través de las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006 se reguló el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, señalando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago contado a partir de la expedición del acto administrativo correspondiente.

Manifestó que no obstante que la jurisprudencia ha reiterado que entre el reconocimiento y pago de las cesantías no deben superarse los 70 días hábiles después de haber radicado la respectiva solicitud, el FOMAG insiste en cancelarlas tardíamente, haciéndose acreedor de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora, contado desde que venció el término y hasta cuando se haga efectiva la prestación solicitada.

Como fundamento de lo anterior, trajo a colación apartes de varias providencias proferidas por el Consejo de Estado, insistiendo con ello, en que se acceda a las súplicas de la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Educación – FOMAG no contestó la demanda, según constancia secretarial⁶.

⁵ Páginas 15 a 31 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital.

LA SENTENCIA APELADA

El 23 de noviembre de 2022, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, a través de la cual: **i)** declaró la nulidad del acto ficto demandado; **ii)** como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, ordenó a la entidad demandada reconocer y pagar a la parte demandante la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo por el período comprendido entre el 15 de enero de 2019 y el 17 de noviembre de 2019; **iii)** dispuso que las sumas a pagar fueran actualizadas conforme al artículo 187 del CPACA; y **iv)** se abstuvo de condenar en costas a la parte accionada. Lo anterior, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Inicialmente hizo alusión al régimen especial prestacional del magisterio, y explicó que la Ley 1071 de 2006 es aplicable a los docentes, pues en la redacción de la norma no se limitó el ámbito de su aplicación a cierto tipo de servidores ni excluyó a los regímenes especiales.

A continuación, se refirió al momento a partir del cual se causa la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, conforme a las reglas adoptadas por el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 18 de julio de 2018.

Descendiendo al caso concreto, indicó que la señora Angela Amador Salazar solicitó el reconocimiento y pago de una cesantía parcial para estudios el día 28 de septiembre de 2018, tal como se observa en la resolución n°8845-6 del 29 de octubre de 2018; por lo que el plazo de 70 días hábiles que tenía la entidad para reconocer y pagar las cesantías solicitadas por la demandante, se cumplió el 14 de enero de 2019.

Sostuvo que el dinero de la cesantía quedó a disposición de la parte demandante a través de entidad bancaria el 18 de noviembre del 2019, por lo que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías, equivalente a un día de salario por cada día de retardo desde el 15 de enero de 2019, inclusive, hasta el 17 de noviembre de 2019, inclusive.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del

⁷ Archivo n° 17 del cuaderno 1 del expediente digital.

término legal, la parte accionada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia⁸, alegando que el término señalado como sanción moratoria a cargo del Fomag es menor al determinado por el Despacho.

Adujo que la sanción moratoria empezó a correr a partir del día 05 de julio de 2017 y no el día 10 de junio de 2017, como lo refirió el A quo.

Expresó que el día 70 para efectuar el pago de las cesantías fenecía el 14 de enero 2019, y atendiendo a que el mismo fue pagado el 18 de febrero de 2017, se causaron solo 34 días de mora.

En ese sentido, solicitó revocar o modificar la providencia de primera instancia en punto a los días de mora reconocidos en exceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante⁹

Intervino para ratificarse en los argumentos expuestos en la demanda y solicitar que se confirme la providencia recurrida.

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG¹⁰

La entidad accionada reiteró los planteamientos hechos tanto en la contestación de la demanda como en el recurso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 21 de febrero de 2023¹¹, y allegado el 3 de marzo de 2023 al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹².

Admisión y alegatos. Por auto del 3 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación¹³. Dentro del término de ejecutoria de la anterior providencia,

⁸ Archivo nº 17 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivos nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁰ Archivos nº 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

las partes no emitieron pronunciamiento alguno. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia¹⁴, la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar el siguiente interrogante:

¿Cuáles deben ser los extremos temporales de la sanción moratoria reconocida a favor de la parte actora?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías; **ii)** causación de la sanción moratoria; **iii)** unificación jurisprudencial sobre la materia; **iv)** hechos probados; y **v)** examen del caso concreto.

1. Sanción moratoria por el pago extemporáneo de cesantías

El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006¹⁵ estableció que la entidad a cargo del reconocimiento y pago de las cesantías tiene un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las

¹⁴ Archivo nº 04 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ "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".

cesantías definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, si el solicitante reúne todos los requisitos determinados en la ley¹⁶.

Por su parte, el artículo 5º de la misma Ley 1071 de 2006, relativo a la mora en el pago de tal prestación, en su primer inciso prevé que para efectuar el pago la entidad dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contado a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena¹⁷.

Las normas citadas se encuentran dotadas de enunciados propios de las reglas deónticas o regulativas, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que este Tribunal Administrativo haya sostenido en múltiples providencias que la Ley 1071 de 2006 es una típica regla o norma jurídica de acción, destinada a evitar 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 como acaece respecto del reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

En sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia del Dr. Jesús María Lemus Bustamante¹⁸, se precisó que “(...) la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar corrupción, favorecimientos indebidos y perjuicios a los trabajadores. (...)”; afirmación que se predica igualmente frente a la Ley 1071 de 2006, modificatoria de la Ley 244 de 1995.

En la exposición de motivos del proyecto de ley que a la postre se convirtió en la Ley 244 de 1995, la cual fue adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, se precisó que la finalidad de la norma era la de lograr el pago puntual de las cesantías del servidor público, mediante un cronograma y un

¹⁶ El artículo 4 de la Ley 1071 de 2006 dispone: “**ARTÍCULO 4o. TÉRMINOS.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley. **PARÁGRAFO.** En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes. Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”.

¹⁷ Preceptúa el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006: “**ARTÍCULO 5o. MORA EN EL PAGO.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la (sic) 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”.

¹⁸ Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemus Bustamante.

procedimiento ágil, que evitaran que aquél recibiera una suma devaluada¹⁹.

La Corte Constitucional ha reconocido en innumerables ocasiones que las cesantías deben pagarse completa y oportunamente a los trabajadores, so pena de violar sus derechos fundamentales²⁰.

Por otra parte, debe aclararse que la exigencia contenida en el artículo 14 de la Ley 344 de 1996, en punto al deber de contar con apropiación presupuestal para todo gasto público, no constituye una excusa para no reconocer y pagar oportunamente las cesantías a los trabajadores, pues el tiempo prudencial concedido por la Ley 1071 de 2006 en armonía con el artículo 345 de la Carta Política, que se ha calculado en total en 65 o 70 días, es suficiente para efectuar los trámites administrativos correspondientes.

Adicionalmente, hay que considerar que el reconocimiento y pago oportuno no se opone al cumplimiento del orden en que debe pagarse las cesantías, conforme lo manda el artículo 6 de la Ley 1071 de 2006, porque la teleología de la norma es la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas). No puede olvidarse que las cesantías son ahorros del servidor público, que está administrando el Estado-empleador, para entregar al servidor en el momento que lo necesite, bien cuando quede cesante de manera definitiva, o bien en los eventos contemplados en la ley, que autoriza el anticipo parcial de las mismas, para vivienda o educación, básicamente.

Lo anterior permite colegir que, sin importar que en el trámite para el reconocimiento y pago de las cesantías deban concurrir o no varias entidades, los términos perentorios contenidos en la Ley 1071 de 2006 sobre el particular,

¹⁹ Ver Gaceta del Congreso 225 de 1995, página 1. En efecto, en aquella oportunidad se indicó: "(...) Si bien es cierto el inciso tercero del artículo 53 de la Constitución Nacional establece que '...el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales...', ello no significa que las demás prestaciones y retribuciones por el trabajo no deban ser pagadas oportunamente. Todo lo contrario, los salarios y prestaciones sociales deben ser pagados oportunamente entre otras razones porque ese fruto es el sustento de los trabajadores y de sus familias. // No obstante lo anterior, la vida diaria enseña que una persona especialmente en relación a los servidores públicos, comienza un largo proceso de burocracia y de tramitología para lograr el cobro de sus cesantías, bien porque requiera la liquidación parcial o porque ha terminado su vinculación laboral con la administración; circunstancias éstas que traen consigo, como es sabido, la posibilidad y efectividad de corrupción, porque ante la necesidad económica del trabajador, se hace presente la mordida o coima para los funcionarios que están en la obligación de hacer esos trámites (...)".

²⁰ En la sentencia T-777 de 2008, la Corte expresó lo siguiente sobre las cesantías parciales: "(...) (iv) igualmente reiteró que desde el punto de vista de la entidad pública obligada, ésta, de conformidad con el artículo 345 de la Constitución, no podría efectuar el correspondiente gasto público sin la suficiente disponibilidad presupuestal, pero no lo es menos que, por una parte, el tiempo que transcurra entre la liquidación y el desembolso, inclusive por causas presupuestales, implica un deterioro del poder adquisitivo de la moneda, y por otra, que el costo respectivo no debe asumirlo el trabajador sino el patrono. Si éste desea que tal costo disminuya, habrá de procurar el pronto pago, mediante la agilización de los trámites presupuestales, pero no le será lícito prolongar indefinidamente la iniciación de los mismos, cargando al trabajador con las consecuencias. (...)".

deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de un un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago, que prevé el parágrafo de su artículo 5²¹.

2. Causación de la sanción moratoria

En sentencia del Consejo de Estado del 27 de marzo de 2007²², se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Además, el Alto Tribunal sostuvo que cuando la Administración resuelve la solicitud de liquidación de cesantías en forma tardía, el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria²³.

Hay que tener en cuenta que cuando el Consejo de Estado en la mencionada sentencia hizo relación a 5 días de ejecutoria, se refería a las disposiciones del anterior Código Contencioso Administrativo, pero actualmente hay que

²¹ El parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006 prevé: *“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”*.

²² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicado número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ).

²³ Señaló textualmente en dicha providencia el Consejo de Estado: *“Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 [entiéndase también la Ley 1071 de 2006], el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. // Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante”*.

entender que si la solicitud se hace en vigencia de la Ley 1437 de 2011, como la ejecutoria del acto administrativo se configura a los 10 días, deberán sumarse 5 días más para el cálculo que hizo entonces el Alto Tribunal, quedando un total de 70 días hábiles.

3. Unificación de jurisprudencia

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018²⁴, el Consejo de Estado se pronunció en relación con la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías a los docentes, sentando las siguientes reglas jurisprudenciales:

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

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

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

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

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en*

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 18 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15).

la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

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

4. Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

- a) El 28 de septiembre de 2018, la señora Angela Amador Salazar solicitó el reconocimiento y pago de cesantía parcial, correspondiente a los servicios prestados como docente²⁵.
- b) Por Resolución n° 8845-6 del 29 de octubre de 2018²⁶, la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, actuando en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció cesantía definitiva a favor de la parte accionante.
- c) El citado acto administrativo fue notificado por correo electrónico a la parte actora el 1 de noviembre de 2018²⁷.
- d) De conformidad con el comprobante de pago obrante en el expediente, la parte actora retiró sus cesantías el 22 de noviembre de 2019²⁸, luego de que fueran reprogramadas para el 18 de noviembre de 2019.
- e) Según certificación expedida por Fiduprevisora²⁹, el 18 de febrero de 2019 fue puesto a disposición de la parte demandante el valor por concepto de cesantías definitivas, el cual no fue cobrado y, por tanto, se reprogramó.
- f) El 15 de diciembre de 2020, la parte accionante solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la sanción moratoria³⁰.

²⁵ Página 1 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Página 1 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁷ Página 2 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Página 2 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Página 65 del archivo n° 09 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Página 04 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

- g) La entidad accionada no profirió acto expreso negando la petición presentada por la parte accionante.

5. Examen del caso concreto

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala, se encuentra acreditado que la petición de reconocimiento de cesantías se radicó el 28 de septiembre de 2018, es decir, cuando ya había entrado en vigencia la Ley 1437 de 2011.

Así pues, los 70 días hábiles posteriores a la fecha en que fue radicada la solicitud, previstos para el reconocimiento y pago de la citada prestación social, se cumplieron según se resume en el siguiente cuadro:

| TÉRMINO | FECHA |
|---|--------------------------|
| Fecha de la reclamación de las cesantías parciales | 28/09/2018 |
| Vencimiento del término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006) | 22/10/2018 |
| Fecha de reconocimiento | 29/10/2018 ³¹ |
| Vencimiento del término de ejecutoria – 10 días (artículos 76 y 87 del CPACA) | 06/11/2018 |
| Vencimiento del término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006) | 14/01/2019 |

Se demostró así mismo que no obstante que la entidad demandada tenía respectivamente hasta el 22 de octubre de 2018 y 14 de enero de 2019 para reconocer y pagar las cesantías parciales reclamadas, el respectivo acto sólo fue expedido el 29 de octubre de 2018, mientras que el pago correspondiente se surtió el 18 de febrero de 2019.

En este punto, la Sala debe señalar que no es procedente tomar como extremo final de la causación de la mora el 18 de noviembre de 2019, esto es, cuando fue reprogramado el pago de la prestación o cuando fue efectivamente retirada, ya que dentro del procedimiento de reconocimiento de las prestaciones sociales de los docentes a cargo del FOMAG (Decretos 2831 de 2005 y 1278 de 2018) no existe obligación a cargo de la entidad de

³¹ Extemporánea.

notificar al peticionario la circunstancia de que el dinero fue puesto a su disposición, de manera que esta situación no puede serle imputada al fondo.

Para esta Corporación, la tardanza en el pago efectivo de las cesantías bien pudo haber surgido de la propia negligencia e inoperancia de la parte interesada –circunstancia que no se rebate con la simple manifestación en contrario–, lo que significa que tomar como fecha límite de la mora aquella en la que se reprogramó el pago de la prestación sería imponerle una carga excesiva a la entidad accionada, quien cumplió con su deber al momento de consignar la suma reconocida, la cual quedó a disposición de la parte demandante.

Ante ese panorama, concluye la Sala que se configuró la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la cual se hizo exigible desde el 15 de enero de 2019 –día siguiente al vencimiento del término para el pago de la prestación– hasta el 17 de febrero de 2019, día anterior a la fecha en la cual fue realizado el pago de la prestación reclamada.

Al advertirse entonces que el período por el cual se debe reconocer sanción moratoria difiere del establecido en primera instancia, el Tribunal modificará la sentencia recurrida en este sentido.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser modificada en relación con la fecha de reconocimiento de la sanción moratoria.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado³², el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. MODIFÍCASE el ordinal cuarto de la sentencia del veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Angela Amador Salazar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, **en el sentido** que la sanción moratoria reconocida abarca el período comprendido entre el **15 de enero de 2019 inclusive y el 17 de febrero de 2019 inclusive**.

Segundo. En lo demás, **CONFÍRMASE** el fallo objeto de apelación.

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

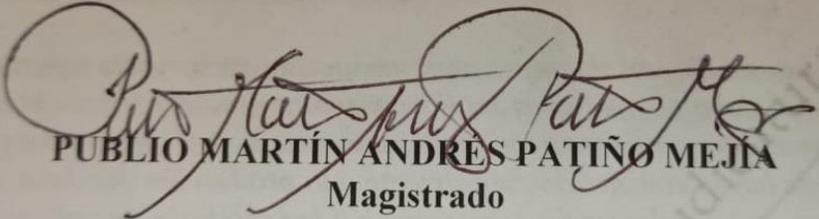
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

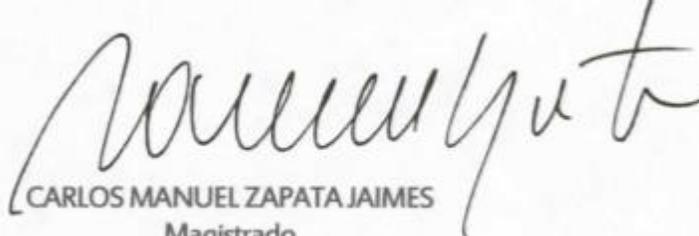
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 125

FECHA: 24/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

17001-33-33-003-2014-00123-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 314

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **AMPARO DE JESÚS DAZA DE PÁEZ Y OTROS** contra la **E.S.E. SAN JUAN DE DIOS DE PENSILVANIA Y OTROS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA**

¹ Ley 1437 de 2011.

promovido por la señora **AMPARO DE JESÚS DAZA DE PÁEZ Y OTROS** contra la **E.S.E. SAN JUAN DE DIOS DE PENNSILVANIA Y OTROS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 154

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

Radicado: 17-001-33-33-003-2016-00106-02
Naturaleza: Reparación Directa.
Demandante: Pablo Alejandro Cardona Hincapié y Otros
Demandados¹: E.S.E Hospital San Marcos De Chinchiná, Caldas
Dumian Medical S.A.S (I.P.S clínica del café)
Saludcoop E.P.S.
Vinculados: Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.²
La Previsora Compañía de Seguros S.A.³

Se decide el recurso de apelación interpuesto por las entidades demandadas contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó en síntesis, declarar responsables a las demandadas por los perjuicios causados al no haber garantizado la atención médica que requería María Victoria Hincapié Correa, en adelante MVHC, de manera oportuna, adecuada y eficiente, situación que fue determinante en su deceso. Como consecuencia de lo anterior, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios materiales⁴ y morales⁵ causados.

1.2. Fundamento fáctico

El 5 de enero de 2014 la señora MVHC acudió a la E.S.E. Hospital San Marcos, sede Palestina, con ocasión de los síntomas que describió como “desespero”, “sensación de angustia”, “ganas de llorar”, “dificultad al hablar”, “opresión en el pecho” “no tengo sueño” entidad de salud, donde se limitaron a diagnosticarla con episodio depresivo y enviarla para su casa sin realizarle ningún examen diagnóstico.

Para el 6 de enero de 2014, la señora MVHC “no logró levantarse de la cama manifestando que no tenía fuerzas suficientes -desaliento generalizado-, ni tampoco resistía la ingesta de alimentos”, por lo que sus familiares al ver que el 7 de enero continuaba con la misma sintomatología, solicitaron telefónicamente cita médica a Saludcoop EPS, la cual fue agendada para el 8 de

¹ Se destaca la presentación de la demanda frente a otras entidades, sin embargo se desistió de las pretensiones formuladas frente a aquellas.

² Llamada en garantía por el Hospital San Marcos de Chinchiná E.S.E.

³ Llamada en garantía por Dumian Medical S.A.S.

⁴ Por concepto de lucro cesante en cuantía de \$ 312.850.000 en favor de todos los demandantes.

⁵ Libia Correa De Hincapié y Pablo Alejandro Cardona Hincapié, en condición de madre e hijo de la víctima, respectivamente, la suma de 100 s.m.l.v. para cada cual. Para Adriana Lucía Hincapié Correa y Gloria Helena Hincapié Correa como hermanos de la víctima, la suma de 50 s.m.l.v. para cada uno.

enero de 2014, en la I.P.S. Saludcoop sede Chinchiná, entidad donde en la mentada fecha se dispuso su remisión a la E.S.E. Hospital San Marcos, sede Chinchiná.

En dicha E.S.E., se le realizó un electrocardiograma que permitió diagnosticar un infarto. Por esta razón, se decidió remitir al paciente a un centro de atención en salud de mayor capacidad para llevar a cabo un cateterismo. Sin embargo, debido a la falta de capacidad por parte de las I.P.S. designadas por Salucoop E.P.S., la remisión se retrasó hasta el día siguiente. Finalmente, la paciente fue trasladada a la I.P.S. Clínica del Café en Armenia - Quindío, institución que no contaba con la capacidad necesaria para realizar el cateterismo requerido, por lo que se necesitó un nuevo traslado a la I.P.S. Clínica La Sagrada Familia. En esta última institución se llevó a cabo el procedimiento, pero surgieron complicaciones debido a la demora en la intervención.

Después del procedimiento, la paciente fue trasladada nuevamente a la I.P.S. Clínica del Café y fue ingresada a la unidad de cuidados intensivos, institución donde falleció el 11 de enero de 2014.

2. Contestación de la demanda⁶

2.1. E.S.E. Hospital San Marcos

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante. Señaló que la señora MVHC efectivamente ingresó a la sede de Palestina del Hospital San Marcos el 5 de enero de 2014 a las 7:30 a.m. debido a síntomas de desesperación, angustia, ganas de llorar y falta de sueño; no obstante, no es preciso afirmar que experimentaba opresión en el pecho y dificultad para hablar, ya que esta información no fue comunicada a los médicos.

Que la atención médica tuvo un efecto positivo, ya que se le mantuvo bajo observación y, al mejorar su condición, fue dada de alta a las 04:30 p.m. tras obtener resultados de un electrocardiograma "*dentro de los límites normales*". Además, debido a su estado clínico, se diagnosticó estrés atendiendo a los síntomas que relató la paciente, destacando que en todo caso, el médico recomendó que se consultara con la EPS para dar seguimiento.

Asimismo, se confirma que la paciente volvió a consultar el 8 de enero de 2014 debido a síntomas de "*dolor en el pecho y en la parte superior del abdomen, acompañados de malestar general, angustia, dificultad para respirar, náuseas y vómitos*". En consecuencia, se le realizó un nuevo electrocardiograma que mostró un "*infarto agudo de miocardio*". Sin embargo, al revisar el historial médico, no hay diagnóstico o criterio alguno que permita señalar como lo hace la parte actora que dicho infarto tenía una evolución de cinco días.

Que la paciente recibió atención en el Hospital a pesar de presentar una sintomatología inicial que no sugería un infarto agudo al miocardio, se le proporcionaron recomendaciones que no fueron seguidas y cuando regresó al Hospital con síntomas que sí indicaban una afección cardiológica, se gestionó de manera inmediata su traslado a una institución de mayor nivel. Estas acciones no evidencian negligencia por parte del Hospital en cuestión.

⁶ No se hará referencia las contestaciones emitidas por las demandadas I.P.S. Clínica San Rafael e I.P.S. Clínica La Sagrada Familia, atendiendo al desistimiento de pretensiones frente a aquellas.

Con base en los referidos argumentos propuso las excepciones que denominó *“Falta de acreditación de los elementos que configuran la responsabilidad estatal, régimen de falla probada”, “Ruptura del nexo de causalidad”, “inexistencia del derecho reclamado” y “falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

Finalmente, formuló llamamiento en garantía frente a la Aseguradora Solidaria de Colombia S.A. con fundamento en la póliza de seguro de responsabilidad civil clínicas y centros médicos 500-88-9940000000004, por la cual considera dicha aseguradora respaldó la responsabilidad patrimonial que en asuntos como el *sub examine* pueda generarse en cabeza de la E.S.E. Hospital San Marcos.

2.2. I.P.S. Clínica del Café

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones solicitadas. Expresó que la señora MVHC arribó a sus instalaciones debido a un cuadro clínico que presentó durante tres días, caracterizado por dolor torácico y epigástrico, siendo evaluado por un especialista en cuidados intensivos en dicha IPS, quien diagnosticó un choque cardiogénico y un infarto agudo de miocardio, por lo que debido a que el procedimiento de angioplastia coronaria no estaba disponible en esta IPS Clínica del Café, se tomó la decisión de remitir a la paciente a la IPS Clínica La Sagrada Familia, donde se llevó a cabo dicho procedimiento, destacando que se atendió en debida forma a la paciente efectuando las remisiones de manera oportuna y eficiente, prestando todos los servicios que fueron requeridos dentro de la institución y que eran pertinentes en atención a su cuadro de salud, el cual advierte contaba con complicaciones derivadas de la atención en otras instituciones.

Adujo que el servicio médico prestado se encuentra atado a unos riesgos y complicaciones que pueden generar reacciones o resultados desfavorables de imposible previsión dentro del campo de la práctica médica al prescribir o efectuar un tratamiento o procedimiento médico, siendo esta precisamente por la cual no puede exigirse un resultado específico de los servicios médicos.

En línea con lo anterior propuso las excepciones que denominó *“cobro de lo no debido”, “inexistencia de la obligación”, “cumplimiento adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad demandada”, “inexistencia de nexo causal entre la prestación del servicio médico a cargo de Dumian Medical S.A.S y el daño”, “cumplimiento adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad demandada”, “cumplimiento de una obligación de medios y no de resultados” “prescripción” y “excesiva tasación de perjuicios”*.

Finalmente, formuló llamamiento en garantía frente a la Aseguradora La Previsora S.A. con fundamento en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1040171, por la cual considera dicha aseguradora respaldó la responsabilidad patrimonial que en asuntos como el *sub examine* pueda generarse en cabeza de la I.P.S. Clínica del Café.

2.3. Saludcoop E.P.S.

No contestó la demanda.

2.4. Aseguradora Solidaria de Colombia S.A.

La entidad llamada en garantía por parte del Hospital San Marcos de Chinchiná dio respuesta a la demanda, afirmando que la atención proporcionada a la señora MVHC fue oportuna y diligente, a diferencia de la conducta de la víctima y sus familiares a quienes les fue manifestado por el galeno tratante que debían buscar atención médica el día siguiente, empero solo cuando vieron que el estado de salud de la demandante empeoró, 3 días después buscaron atención médica.

Se destaca que, ante los síntomas mencionados en la demanda, medicamente no era pertinente tomar la decisión inmediata de trasladar a la paciente a otro centro médico, sino que se dio la atención médica necesaria en su momento. Por lo tanto, se argumenta que el fallecimiento de la señora María Victoria fue consecuencia de una enfermedad general y no de una negligencia médica.

Frente a las pretensiones del llamamiento en garantía manifestó que, la póliza base del llamamiento se rige por las estipulaciones del Código de Comercio y las Condiciones Generales 101120101502-75-RC-36, las cuales contemplan como exclusiones del amparo en su apartado el lucro cesante, el daño moral, los perjuicios fisiológicos o de vida de relación y la responsabilidad civil extracontractual, pues el amparo se limita a cubrir únicamente el daño emergente causado.

Así mismo refirió que se consagró una exclusión referida a que la reclamación provenga de una *“responsabilidad civil proveniente de errores y omisiones o la falta de gestión del director médico y el personal administrativo de la Institución asegurada”* la cual debe ser tomada en cuenta para la resolución del presente asunto. Finalmente deprecó se tenga en cuenta los límites de los valores asegurados y el deducible pactado en la póliza.

2.5. La Previsora Compañía de Seguros S.A.

La entidad llamada en garantía por parte de la I.P.S. Clínica del Café dio respuesta a la demanda, arguyendo que la atención brindada en dicha I.P.S. se ajustó a la ciencia médica siendo oportuna y brindada por especialistas y que por parte de la llamante en garantía se realizaron las remisiones necesarias a la institución que pudiese realizar la angiografía que requería la paciente.

Respecto a las pretensiones del llamamiento en garantía advirtió que la póliza que da base a su vinculación dispone en su clausulado que el asegurador no cubriría bajo ninguna circunstancia reclamaciones que el asegurado tenga que pagar como consecuencia directa o indirecta de culpa grave en el ejercicio de la prestación de los servicios de salud.

De otra parte, señaló que en este caso la póliza aportada tenía vigencia del 17 de mayo de 2013 al 17 de mayo de 2014, por lo cual, al no haberse efectuado la reclamación pertinente durante dicha vigencia de la póliza, según el clausulado pertinente no hay lugar a disponer condena alguna a cargo de la aseguradora.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora y, condenó a Saludcoop EPS, al Hospital San Marcos de Chinchiná y a la I.P.S. Clínica del Café a pagar a los demandantes los perjuicios morales fijados en 100 smmlv para el hijo y madre de la víctima y 50 smmlv para las hermanas de la víctima; igualmente dispuso el reconocimiento de lucro cesante en favor de los demandantes dada la vinculación laboral de la demandante como concejal de Palestina, reconociendo dichos valores con base a la duración del periodo en dicho cargo.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis jurídico y probatorio concluyó que: *“...para la fecha y hora que la señora María Victoria Hincapié ingresó nuevamente al Hospital San Marcos de Chinchiná el día 08 de enero de 2014 por remisión, ahora sí, no existe duda de que efectivamente cursaba con un infarto agudo del miocardio con elevación del segmento ST...”* por lo cual -según concluye a partir de la prueba medica pericial- *“el cateterismo que se le debió haber practicado a la paciente dentro de las dos horas siguientes a que consultó la IPS Clínica Saludcoop, después de lo cual fue atendida en la unidad de urgencias del Hospital San Marcos de Chinchiná a las 01:14 p.m. del 08 de enero de 2014, solo fue practicado hasta la tarde del día siguiente, 9 de enero de 2014, y en ese tiempo tampoco le fue suministrado el medicamento trombólisis, indicado para aquellos casos en que se sabe, el cateterismo no podrá practicarse dentro de ese lapso (120 minutos)...”*

Así las cosas, consideró que la conducta médica y administrativa desplegada por las demandadas no fue la adecuada, en primer lugar, dada la no aplicación del medicamento pertinente para la atención, e igualmente ante la demorada remisión de la paciente a una institución médica que pudiese practicar el cateterismo que fue advertido como necesario por los galenos tratantes, situaciones que desencadenaron el fallecimiento de la señora MVHC.

Señaló que la responsabilidad en cabeza de Saludcoop E.P.S. radicó en la falta de capacidad operativa de su red de servicios, pues fue la falta oportuna de consecución de una I.P.S. con capacidad para realizar el procedimiento requerido lo que conllevó a la demora en la atención de la paciente, mientras que respecto de la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná su responsabilidad se deriva de no haber aplicado el medicamento adecuado para el tratamiento de la afección cardiaca, sumado al papel desempeñado al haber efectuado la remisión de la paciente a la I.P.S. Clínica del Café a pesar de que dicha institución no contaba con la capacidad operativa para realizar el cateterismo requerido, finalmente frente a dicha I.P.S. se determinó su participación en el daño al haber admitido la remisión de la paciente a sus instalaciones a pesar de no contar con la capacidad de efectuar el referido procedimiento.

4. Recursos de apelación

4.1. Hospital San Marcos de Chinchina E.S.E.

Solicitó revocar el fallo, para ello señaló que no se encuentra probado ni fue suficientemente expuesto en la sentencia que la E.S.E. se encontrara en la obligación legal o que le fuera exigible contar con el medicamento para realizar la trombólisis, destaca que, el *a quo* desconoce que el perito médico se limitó a señalar con una mera apreciación dudosa que

los hospitales de segundo nivel como la E.S.E. *“debería tenerlo, pero desconoce si es una obligación”*.

Agregó que, en todo caso, no existe prueba alguna de que la falta de dicho medicamento fuese la causa eficiente del daño, pues como lo advirtió el mismo peritaje, la aplicación del referido fármaco *“previene 30 muertes tempranas por cada 1000 pacientes tratados dentro de las primeras horas”*, lo cual se traduciría en solo un 3% de posibilidades de mejora, por lo que, no podría hablarse que la causa eficiente del daño es la omisión en la aplicación de medicamento, pues ello corresponde a que no se practicó el cateterismo de manera oportuna.

Respecto a la falla endilgada a la E.S.E. frente a la remisión de la paciente señaló que, esta no tuvo injerencia en la toma de las decisiones de índole administrativa, pues ello recae sobre el sistema de referencia y contrarreferencia de conformidad con la red de servicios de Saludcoop, en tal sentido, la E.S.E. Hospital San Marcos de Chinchiná es sólo un prestador de los servicios de salud que requieran los afiliados a determinada E.P.S, siendo estas quienes se encuentra en la obligación, no sólo de contar con una red de prestadores, sino de conseguir las respectivas remisiones, cuando la entidad prestadora así lo determine.

Afirmó que las apreciaciones sobre el particular efectuadas por el *a quo* corresponden a un criterio subjetivo que va en contravía de lo señalado en el fundamento normativo invocado en la propia sentencia, pues no existe norma alguna que imponga deberes u obligaciones en cabeza de las I.P.S. que remiten pacientes, decidir, definir u optar por a cuáles instituciones hacer o no las respectivas remisiones.

4.2. Dumian Medical S.A.S -I.P.S clínica del café-

Manifestó que la decisión adoptada basa la condena en cabeza de la I.P.S. bajo el argumento que esta recibió al paciente sin contar con los servicios para la realización de cateterismos pese a que conoció de antemano el diagnóstico del paciente que no era otro que *“Infarto Agudo de Miocardio”*, sin embargo desconoce que la remisión efectuada tenía como finalidad *“descartar el evento coronario agudo”* pues el diagnóstico señalado en la E.S.E. codemandada, debía ser objeto de exámenes y otros procedimientos que permitieran determinar la existencia o no del evento cardiaco, destacando que los síntomas detectados en el paciente tales como *“dolor torácico con elevación del segmento ST”* pueden ser consecuencias de otras enfermedades tales como, *“Repolarización precoz, Pericarditis aguda, Hiperpotasemia Aneurisma ventricular, Bloqueos de rama, Marcapasos, Síndrome de Wolff-Parkinson-White, Hipotermia, Síndrome de Brugada, entre otros”* y no exclusivamente el infarto.

Reitera entonces que la remisión para la confirmación o precisión de diagnóstico en las condiciones de la paciente antes del ingreso a la Clínica del café eran perfectamente aceptables para el trámite de contrarreferencia efectuado, ya que, la mencionada IPS contaba con los mecanismos para diagnosticar el curso de un evento coronario, como en efecto se realizó.

En tal sentido, señala que admitió al paciente con la finalidad de verificar la impresión diagnóstica dada por la E.S.E. Hospital San Marcos, a través de diferentes ayudas

diagnósticas, como en efecto se hicieron *“laboratorios de tiempo de tromboplastina parcial (ptt) nitrógeno ureico (bun), potasio, tiempo de protrombina (pt), sodio, amilasa, bilirrubinas total y directa, calcio iónico, cloro, creatinina en suero, orina u otros, creatin quinasa por espectrofotometría, creatin quinasa total ck-cpk, deshidrogenasa láctica, gases arteriales (en reposo o en ejercicio), gases venosos, hemograma iv, magnesio, banco de sangre, radiografía de tórax, ecocardiograma modo m y bidimensional con Doppler a color, ultrasonografía de abdomen masas abdominales y de retroperitoneo”*.

Destaca que la recepción del paciente en la I.P.S. Clínica del Café de Armenia, fue precisamente lo que permitió ratificar el diagnóstico de infarto agudo de miocardio y que una vez obtenidas las ayudas diagnósticas y establecido el procedimiento a practicar, dispuso la remisión a otra institución habilitada para la práctica de angiografía coronaria en la misma ciudad, la cual, efectivamente se realizó y la paciente reingresó a la unidad de cuidados intensivos de la Clínica del café, donde por la evolución propia de su condición médica falleció.

Advierte que, en todo caso, la encargada de la remisión de la paciente a la Clínica del Café no es esta misma, ni el Hospital del cual fue remitida, sino la EPS Saludcoop quien debe garantizar a través de los servicios de referencia y contra referencia, que su red de servicios tenga la capacidad y orientación necesaria según las necesidades médicas de cada paciente.

Indica que el *a quo* afirmó sin fundamento probatorio o fáctico alguno que la muerte de la señora MVHC fue ocasionada entre otros aspectos por la omisión en la práctica del cateterismo, sin que exista sustento alguno para señalar que la realización inmediata del procedimiento (cateterismo coronario), al haber ingresado la paciente a la Clínica del Café hubiera logrado que aquella hubiese sobrevivido, pues debe tenerse en consideración que no falleció esperando el procedimiento, ni tampoco inmediatamente se realizó el mismo – la paciente fue intervenida el 09 de enero de 2014 y posteriormente ingresada a la UCI de la clínica del Café, donde permaneció con vida hasta el 11 de enero del mismo año, fallecimiento finalmente como consecuencia de la desfavorable evolución de la condición cardiaca-.

Frente a los perjuicios reconocidos advierte que, la sentencia sin realizar el análisis de procedencia alguno para el reconocimiento del lucro cesante condenó a la parte pasiva a cancelar a favor de los demandantes -sin indicar cual beneficiario-, las sumas de dinero que debió percibir la señora MVHC, desconociendo que para el efecto no debía solo verificar la existencia del supuesto ingreso de la fallecida, sino determinar, si los demandantes, conforme a la Ley, eran beneficiarios de la indemnización, puesto que la misma no opera de manera automática.

Corolario, arguye que el lucro cesante corresponde a un perjuicio que debe ser cierto, pues de otra forma, constituiría un enriquecimiento sin causa y, en segundo lugar, debe existir quien ostente la calidad de beneficiario para su reconocimiento, sin que, en este caso, pueda ser reconocido a favor de los actores, habida cuenta que para la fecha del fallecimiento de la señora MVHC su hijo Pablo Alejandro Cardona Hincapié tenía 38 años, de suerte que se excluye como beneficiario de su madre; así mismo, la señora Libia Correa de Hincapié, madre de la fallecida, tampoco acreditó ser beneficiaria de los ingresos devengados por su

hija, pues además de que no fue solicitado de dicha forma en la demanda, no obra en el expediente elemento demostrativo alguno tendiente a probar la dependencia económica.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿El daño consistente en el fallecimiento de MVHC es imputable a las entidades demandadas, configurándose todos los elementos para determinar la responsabilidad patrimonial de aquellas?*

Para resolver lo anterior, se analizará: i) el fundamento jurídico de la imputación y el deber de garantizar el acceso a los servicios de salud; ii) los hechos acreditados relevantes para resolver el problema jurídico, y iii) el caso concreto.

2. Fundamento jurídico

2.1. La imputación

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales⁷.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad

⁷ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

Tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad con ocasión de actividades médico-asistenciales, según jurisprudencia constante del Consejo de Estado, la responsabilidad patrimonial que le incumbe al Estado se debe analizar bajo el régimen de la falla probada del servicio, a lo cual se ha agregado que, en atención al carácter técnico de la actividad médica y a la dificultad probatoria que ello conlleva, el nexo de causalidad puede acreditarse de diversas maneras, en especial mediante la utilización de indicios, que no en pocas ocasiones constituye el único medio probatorio que permite establecer la presencia de la falla endilgada⁸.

Para analizar la existencia del nexo causal, la doctrina y la jurisprudencia han propuesto diferentes teorías, entre las cuales se encuentran la de equivalencia de condiciones y la de causalidad adecuada, ésta última acogida por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado para resolver los asuntos relativos a la responsabilidad extracontractual civil y del Estado, respectivamente.

La teoría de equivalencia de condiciones señala que todas las causas que contribuyen en la producción de un daño se consideran jurídicamente causantes del mismo, es decir, que todas las situaciones que anteceden a un resultado tienen la misma incidencia en su producción y, en consecuencia, todas son jurídicamente relevantes. Dicha teoría fue reemplazada por la de causalidad adecuada, que apunta a que será el hecho eficiente y determinante para la producción del daño el que habrá de tenerse en cuenta para imputar la responsabilidad, esto es, el que resulte idóneo para su configuración⁹.

2.2. Deber de garantizar el acceso a los servicios de salud

La Ley 100 de 1993 *“Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”*, establece como función básica de las Empresas Promotoras de Salud – EPS, *“organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los*

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 20 de febrero de 2008. M.P. Ramiro Saavedra Becerra. Exp 15.563. *“(…) la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño”*. Al respecto consultar también: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16.085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 38.515, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico (E), entre otras.

⁹ Al respecto puede verse: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de julio de 2020. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 25 000 23 41 000 2013 02729 01.

afiliados¹⁰; así mismo, dentro de sus principales funciones se encuentra la de “Organizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional”¹¹ y “garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia”¹².

Así, en cuanto a las remisiones de pacientes de una institución a otra de mayor nivel de complejidad, el parágrafo del artículo 2º de la Resolución 5261 de 1994¹³ -vigente para la época de los hechos, señalaba:

“El acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general de acuerdo a las normas definidas para ello, las que como mínimo deberán contener una historia clínica completa en la que se especifique el motivo de la remisión, los tratamientos y resultados previos. Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, este podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con él. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una U.P.C. diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”

De acuerdo con lo anterior, cuando las condiciones de salud del usuario ameriten una atención de mayor complejidad, esta se hará a través de la red de servicios asistenciales que establezca cada EPS. Además, el acceso al servicio siempre será por el primer nivel o por el servicio de urgencias. Para los niveles subsiguientes el paciente deberá ser remitido por un profesional en medicina general, de acuerdo con las normas establecidas para ello.

3. Hechos acreditados

- El fallecimiento de la señora MVHC, el 11 de enero de 2014, se encuentra acreditado con el registro civil de defunción¹⁴.
- La señora MVHC, recibió atención médica en la ESE Hospital San Marcos -Sede Palestina-, el 05 de enero de 2014, y posteriormente el 08 de enero -sede Chinchiná-¹⁵.

¹⁰ Artículo 177 Ley 100 de 1993

¹¹ Artículo 178, ordinal 3, ibidem.

¹² Artículo 178, ordinal 4, ibidem.

¹³ *Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Modificada por la Resolución 5521 de 2013, ‘por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)’, publicada en el Diario Oficial No. 49.019 de 30 de diciembre de 2013.*

¹⁴ Expediente digital, archivo “020Cuaderno”, folio 22.

¹⁵ Ver historia clínica, *Ibidem* folios 28-33.

- Como se extrae de las referidas historias clínicas, la atención brindada a la señora MVHC con cargo a la E.P.S. Saludcoop por parte de la I.P.S. Saludcoop Chinchiná y la E.S.E. Hospital San Marcos puede compendiarse así:

- Ingresó al servicio de urgencias del Hospital San Marcos -Sede Palestina- el 05 de enero de 2014 a las 07:30 de la mañana con motivo de consulta por *“cuadro de 12 horas de evolución consistente en «desespero» «sensación de angustia» «ganans de llorar», «no tengo sueño»...”*.

Por lo anterior, la paciente fue diagnosticada con *“Episodio Depresivo F313”*, advirtiendo que se observaron *“Ruidos cardiacos rítmicos sin soplo de buen tono timbre e intensidad”* y que fue dejada observación hasta las 16:30 horas donde se consignó *“Buenas Condiciones Generales”* y *“EKG¹⁶: en límites normales se le informó a la paciente y a la familia la necesidad de acudir mañana a su EPS para seguir estudio”*.¹⁷

- El 08 de enero de 2014 siendo las 11:30 acudió al servicio de consulta externa de la I.P.S. Saludcoop Chinchiná **refiriendo cuadro clínico de 24 horas de “opresión torácica”**, respondiendo a examen físico con *“dolor al palpar epigastrio”* siendo remitida al Hospital San Marcos -Sede Chinchiná-.

Se destaca frente a esta atención, que contrario a lo señalado por el *a quo* este hecho sí se encuentra acreditado en el expediente pues en el expediente digital, archivo *“020Cuaderno”*, folio 69, obra la historia clínica respectiva¹⁸.

- El mismo día, en el Hospital San Marcos -Sede Chinchiná- se dio atención a las 14:08 advirtiendo *“EA PACIENTE DE 56 AÑOS CON CUADRO CLINICO DE 3 DIAS DE EVOLUCION QUE INICIO LA MADRUGADA DEL DOMINGO CON DOLOR TORACICO Y EPIGASTRICO ASOCIADO A SENSACION DE DISCONFORT GENERAL, ANGUSTIA, SENSACION DE DISNEA, NAUSEAS Y EMESIS CONSULTO POR URGENCIAS Y FUE MANEJADO COMO TRANSTORNO DE ANSIEDAD. EL DIA DE HOY RECONSULTA POR CONTINUAR CON SENSACION DE DISCONFORT ASOCIADO A DOLOR QUE INCIA EN REGION DE EPIGASTRIO Y ASCIENDE HASTA CUELLO Y MANDIBULA, MAREO...”*.

En atención a los síntomas referidos y ante el resultado obtenido de electrocardiograma *“CON SUPRADESNIVEL DE ST EN CARA INFERIOR E INFRADESNIVEL DEL ST DE V2 A V5”* se dispuso aproximadamente a las 14:50 la remisión a institución de mayor nivel de atención, ante lo cual se inició el trámite de referencia para que a través de la E.P.S. Saludcoop se dispusiera la institución prestadora a la cual remitir a la paciente.

A las 05:01 p.m. se registró la práctica de un segundo electrocardiograma con *“DEREIVACIONES (SIC) DERECHAS CON COMPROMISO VENTRICULAR DERECHO”* y

¹⁶ Electrocardiograma.

¹⁷ Frente a este primer estadio de la atención brindada no existe controversia planteada ante esta instancia, respecto a la imposibilidad de imputar daño a las accionadas alguno con base a la misma.

¹⁸ Se destaca en este punto que el archivo digital incorporado al expediente digital, se encuentra escaneado solo por una cara, sin embargo, al consultar el expediente físico se observa que la misma se encuentra completa en el folio 66 (anverso y reverso).

finalmente a las 09:51:39 p.m. se referenció nota de traslado de la paciente a la I.P.S. Clínica del Café de Armenia.

- La señora MVHC, recibió atención médica en la I.P.S. Clínica del Café de la ciudad de Armenia entre el 8 y 11 de enero de 2014, al haber sido remitida a dicha institución desde la E.S.E codemandada, I.P.S desde la cual fue trasladada para la realización de “*Angioplastia Coronaria*” en otra I.P.S. de la misma ciudad, y nuevamente ingresada al servicio de UCI de la referida demandada¹⁹.

- Según se advierte en la historia clínica, la atención brindada a la señora MVHC con cargo a la E.P.S. Saludcoop por parte de la I.P.S. Clínica del Café compendiarse así:

- Se anotó como diagnóstico de ingreso “*INFARTO AGUDO DEL MIOCARDIO, SIN OTRA ESPECIFICACIÓN*”, señalando que la paciente ingresó el 08 de enero de 2014 a las 19:41 para “*DESCARTAR EVENTO CORONARIO AGUDO*” con ocasión de que en la entidad desde donde fue remitida dispuso su traslado por cuadro compatible con infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST. Por lo anterior, siendo las 20:21 se “*traslada paciente a UCI, valorada por Intensivista*”, se prescribieron una serie de exámenes diagnósticos -entre ellos “*ARTERIOGRAFÍA CORONARIA CON CATETERISMO IZQUIERDO*” ordenado a las 10:10pm de ese día-, valoraciones por médico especialista y se procedió a dar manejo farmacológico.

Siendo las 20:10 del 09 de enero, se trasladó a la paciente a la clínica Sagrada Familia de Armenia, para realización de cateterismo, siendo recibida nuevamente en unidad de cuidados intensivos de la I.P.S. Clínica del Café, siendo las 21:10 del mismo día, continuándose con observación y tratamiento farmacológico²⁰.

- Según se advierte en los reportes de atención de la I.P.S. Clínica San Rafael, el 09 de enero de 2014 se realizó procedimiento de “*Arteriografía Coronaria*” que concluyó “*CARDIOPATIA ISQUÉMICA*”, “*IAM²¹ INFERIOR RECIENTE*” y “*ENFERMEDAD CORONARIA SEVERA DE UN VASO (OCLUSION TROMBÓTICA PROXIMAL DE CD)*”, en respuesta a lo anterior en dicha IPS se realizó “*Angioplastia Coronaria*” con reporte de procedimientos “*CON BUEN RESULTADO ANGIOGRÁFICO*”.

- Tras su reingreso a la UCI de la IPS Clínica del Café el 09 de enero de 2014, se destacan los siguientes aspectos de la historia clínica²²:

“2014-01-09 – 21:49: ...Paciente al ingreso a uci posterior a cateterismo en mal estado general hipotensa a pesar de vasopresor el cual se titula, se pasan retos de volumen con parcial respuesta. Se encuentra soplo sistolico en 4 focos no encontrado en examen clinico de la mañana. Se plantea posible reinfarto aunque ekg sin cambios nuevos con respecto a los anteriores, y se interroga ruptura de cuerdas tendinosas. Se hace prioritaria la realizacion

¹⁹ Ver historia clínica, *Ibidem* folios 34-61.

²⁰ Fl. 63 AD 020Cuaderno

²¹ Infarto agudo de miocardio.

²² Errores en la redacción son propios del documento citado.

de ecocardiograma TT. Además de lo anterior presenta episodio de hematemesis²³ en abundante cantidad por lo cual se suspende tirofiban. Se inicia omeprazol en infusión, reserva de sangre y paraclínicos de control...

"2014-01-10 – 14:43: ...HALLAZGO OBJETIVO: paciente quien sigue en mal estado general, inestable hemodinamicamente, hipotensa con inotropismo mixto alto se comentó con hemodinamista dr burgos quien indica reiniciar tiro fiban or sospeche de obstruccion de stenpor trombos intraarteriales...

2014-01-10 – 22:09: ...PTE CON ALTA POSIBILIDAD E ESTAR CURSANDO IZQUEMIA MESENTERICA, CONSIDERO QUE EN LAS CONDICIONES CLINICAS ACTUALES NO ES PERTINENTE REALIZAR PROCEDIMIENTO QUIRURGICO. SE ESTARA ATENTO A LA EVOLUCION. PERO EL PRONOSTICO DE SOBREVIDA ES MUY RESERVADO.

...

MALAS CONDICIONES GENERALES, ABDOMEN BLANDO, DISTENDIDO LEVEMENT CON PIEL MARMOREA Y CON AUSENCIA DE PERILTALSIS, ADEMAS PRESENTA SALIDA DE LIQUIDO DE ASPECTO INTESTINAL POR LA Sonda NASOGASTRICA...

2014-01-10 – 23:05: ...INTERPRETACIÓN APOYO DIAGNÓSTICO: SOSPECHA DE ISQUEMIA MESENTERICA DADO EL DOLOR ABDOMINAL, EVIDENCIA EN TAC DE ABDOMEN DE DILATACION DE ASAS, USO DE VASOPRESORES A DOSIS ALTAS Y ACIDOSIS METABOLICA PERSISTENTE A PESAR DE MANEJO. ANEMIA AGUDA ASOCIADA A PERDIDAS POSIBLEMENTE GASTROINTESTINALES. EN EL MOMENTO PACIENTE SIN SIGNOS DE DISFUNCION VENTRICULAR IZQUIERDA, EVIDENCIA DE DILATACION E HIPOCINESIA DE VD SE BENEFICIARA DE MANEJO CON VOLUMEN PARA DESTETE DE VASOPRESOR....

2014-01-10 – 23:34: ...PACIENTE QUIEN HA ESTADO HOY MUY INESTABLE DESDE EL PUNTO DE VISTA HEMODINAMICO, HA REQUERIDO SOPORTE INOTROPICO Y VASOPRESOR ALTO Y POROGRESIVO, SIN ADECUADA RESPUESTA, ACTUALMENTE CON INFUSION DE NOREPINEFRINA, VASOPRESINA Y ADRENALINA CONTINUA CON TENDENCIA A HIPOTENSION ARTERIAL MUY MAL PERFUNDIDA CON LIVIDECEZ GENERALIZADAS. CONTINUA CON DOLOR TORACICO Y ADOLOR ABDOMINAL CON DISTENSION ABDOMINAL Y AUSENCIA DE RUIDOS INTESTINALES. PRESENTO DESAATURACION Y AUMENTO DE LA DIFICULTAD RESPIRATORIA CON CONGESTION PULMONAR ESTERTORES GENERALIZADO, POR LO CUAL REQUIRIO INTUBACION OROTRAQUEAL Y SPORTE VENTILATORIO. SEDACION Y RELAJACION SE IMPLANTO MONITORIA CARDIOVASCULAR CON VIGILEO. SE TOMO ECOCARDIOGRAMA QUE MUESTRA FGE 42% DERRAME PERICARDICO HIPERTENSION PULMONAR SEVERA, 44 MMHG, ACINESIA DE PARED INFERIOR, CONTRACTILIDAD MODERADAMENTE COMPROMETIDA VENTRICULO DERECHO HIPOCINETICO SEVERAMENTE DILATADO. SE TOMO TAC DE ABDOMEN QUE MUESTRA ASAS INTESTINALES SEVERAMENTE DILATADAS IGUAL QUE LA CAMARA GASTRICA.

²³ Según página de la Organización Panamericana de la Salud. <https://www.paho.org/es> - Vómito con sangre fresca, no digerida, normalmente abundante, provocado por una distensión del estómago; por sangre procedente de una hemorragia del estómago, duodeno o del esófago (hemorragia digestiva alta). Vómito de sangre que puede ser fresca y de color rojo vivo, o antigua y de aspecto parecido al de «posos de café». Los vómitos de sangre son una regurgitación de sangre por las vías digestivas altas y, en general, son un indicio de la presencia de una hemorragia en ellas.

LA RADIOGRAFÍAS DE TORAX MUESTRA CONGESTION PULMONAR BASAL CARDIOMEGALIA TOTO PIEN CATETER CENTRAL CAVAFIX ASCENDIDO A YUGULAR. OLIGOANURICA EN LAS ULTIMAS HORAS...

2014-01-11 – 10:23: ...PACIENTE EN PESIMAS CONDICIONES CON SHOCK MIXTO (CARDIOGENICO VASO PLEJICO), SOPORTADA CON DOSIS TOPE DE NORADRENALINA, VASOPRESINA Y ADRENALINA, MANTENIENDO INDICE CARDIACO DE 0.9V/M2, HIPOPERFUNDIDA GENERALIZADA, ACIDOTICA METABOLICA, EN DISFUNCION ORGANICA MULTIPLE, COAGULOPATICA. SE ADICIONA INOTROPIA CON DOBUTAMINA POR DISFUNCION VENTRICULAR DERECHA, HIPERTENSION PULMONAR.

LA PACIENTE ENTRA EN PARO CARDIORESPIRATORIO, RITMO AESP QUE PASA A ASISTOLIA, SE DA RCCP AVANZADA DE ALTA CALIDAD DURANTE 13 MINUTOS, SALIENDO A RITMO DE PERFUSION, SE AJUSTA MANEJO VASOPRESOR, SIN EMBARGO ENTRA NUEVAMENTE EN COLAPSO CIRCULATORIO, NO RESPONDE A MANEJO Y FINALMENTE FALLECE A LAS 10:02 DEL DIA 11 DE ENERO DE 2014. SE INFORMA A LA FAMILIA...". (Subrayado y negrillas fuera de texto).

- Frente a la atención médica que debió brindarse a la señora MVHC conforme a la *lex artis* para el manejo de patologías como la padecida por aquella, el perito Sebastián Naranjo Restrepo²⁴, explicó:

"La cardiopatía isquémica es la enfermedad con más morbimortalidad en el país y en el mundo. El infarto agudo de miocardio es su presentación más temida ya que conlleva un riesgo importante de mortalidad en su presentación.

El síndrome coronario agudo se divide en angina sin elevación del segmento ST e infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST.

...

Por otro lado, tenemos el infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST, diagnóstico con clínica similar a la ya expuesta anteriormente, hay elevación del segmento ST en el electrocardiograma y elevación de biomarcadores cardíacos. El infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST, requiere de un actuar médico rápido y es una emergencia médica. Requiere al igual que los anteriores diagnósticos ya expuestos manejo en una unidad coronaria, unidad de cuidados especiales o intensivos en donde haya cardiomonitorio continuo y lo más importante, requiere de una manera prioritaria y emergente definir una estrategia de reperfusión, esto es, terapia fibrinolítica vs angioplastia primaria.

La terapia fibrinolítica es una estrategia de reperfusión importante en los entornos donde la angioplastia primaria no puede ofrecerse de manera oportuna o no se cuenta con el servicio de hemodinámica disponible, previene 30 muertes tempranas por cada 1000 pacientes tratados dentro de las primeras 6 horas posteriores al inicio de los síntomas. El mayor beneficio absoluto es visto cuando tratamiento se ofrece en las primeras 2 horas de comenzado la sintomatología; a pesar de lo anterior, la terapia fibrinolítica se recomienda en las primeras 12 horas tras el inicio del cuadro clínico, sino es posible la realización de una angioplastia

²⁴ Fl. 264 AD 021Cuaderno

primaria dentro de los 120 minutos del diagnóstico de infarto agudo del miocardio con elevación del segmento ST de.

Cuanto más tarde se presente el paciente (particularmente después de 3 horas), se debe preferir la angioplastia primaria (en lugar de administrar la terapia fibrinolítica) el beneficio clínico de la fibrinólisis disminuye a medida que aumenta el tiempo desde el inicio de los síntomas; entre más rápido se realice la reperfusión del vaso obstruido, la posibilidad de un mejor pronóstico y sobrevida aumenta...". (Resalta la Sala)

En audiencia de pruebas, dando sustentación al dictamen, el referido perito señaló:

"(...) en términos médicos uno tiene como dos tipos de infarto uno que es con elevación y otro que es sin elevación del ST, cuando mencionan que hay elevación del ST digamos que en principio es una urgencia médica y que se debe actuar rápidamente bien sea que al paciente se le administre un medicamento para tratar de quitarle como ese coágulo que está obstruyendo la arteria coronaria, o al paciente se le debe hacer un cateterismo. Por guías médicas cuando uno tiene un paciente con un infarto con elevación del ST, que era lo que tenía la paciente María Victoria Hincapié según dice el reporte de la historia clínica, porque les repito que no cuento con los electrocardiogramas, lo que está en la ciencia médica escrito hoy por hoy en Europa, Estados Unidos, en Colombia y en todo el mundo es que uno tiene 120 minutos para hacerle al paciente un cateterismo, y si uno no es capaz de lograr que el paciente en 120 minutos se le haga un cateterismo, le debe administrar este fármaco para tratar de lisar o destruir ese trombo que el paciente tiene en la arteria del corazón que le está causando el infarto, y entonces por eso es importante tener el electro, porque si es un paciente con elevación del ST, pues de pronto se debió haber administrado ese medicamento o se debió haber hecho el cateterismo muchísimo antes".

4. Análisis del caso concreto

4.1. El daño antijurídico

El daño consistente en que la señora MVHC falleció el 11 de enero de 2014 no fue objeto de debate y se encuentra debidamente acreditado²⁵. Por lo tanto, se verificará, a partir de los hechos probados, si este es imputable o no a las demandadas.

4.2. La imputación

La imputación que se realizó por la parte demandante frente a las demandadas se concreta en que, estas no cumplieron con el deber de prestar el servicio de manera adecuada a la señora MVHC, inadecuada atención que circunscribió a tres estadios: *(i)* una indebida atención en el servicio brindado el 05 de enero de 2014 en la E.S.E. Hospital San Marcos, Sede Palestina; *(ii)* La insuficiente prestación del servicio médico el 08 de enero siguiente por parte de los profesionales de dicha E.S.E.; y *(iii)* la remisión de la paciente a la I.P.S. Clínica del Café de Armenia, Quindío -que no contaba con servicio de hemodinamia- y la atención allí brindada.

²⁵ Registro Civil de Defunción, expediente digital, archivo "020Cuaderno", fl. 22.

Respecto del primer escenario planteado, esto es la atención dada a la señora MVHC el 05 de enero de 2014 el *a quo* señaló que, de conformidad con los síntomas advertidos por la paciente, no podía darse razón alguna de que para dicha fecha se hubiese presentado el *"infarto agudo del miocardio"* que más adelante fue diagnosticado, conclusión basada en el peritaje rendido en el asunto, que expresó: *"Posteriormente en la historia clínica refieren "EKG en límites normales" y dan alta para continuar manejo por su EPS. No tengo más información sobre este día que la anterior expuesta a mano. Por lo tanto, difícil determinar con esta historia si estábamos no frente a un síndrome coronario agudo"*.

En este orden de ideas, se tiene que la atención brindada el 05 de enero de 2014 fue descartada por el *a quo* como fundamento de imputación del daño alegado por la parte actora, esto dado que, para dicha data la paciente no refirió ningún tipo de síntoma que hubiese podido asociarse con la patología de *"infarto agudo del miocardio"*, aunado a que la atención relatada en la historia clínica advirtió que la paciente fue dejada en observación por cerca de 9 horas y se efectuó *"EKG en límites normales"*.

Así, se advirtió entonces en el fallo recurrido que, la atención brindada para dicha data, consistente en realización de exámenes y observación del paciente durante un lapso de 9 horas, no presenta situaciones que puedan ser aducidas en principio, como causantes del daño cuyo resarcimiento se depreca, conclusiones de la sentencia no son objeto de discusión alguna ante esta instancia a través del recurso de alzada.

Así las cosas, la Sala se centrará en analizar la imputación del daño con base en la atención que fuere prestada a la paciente entre el 08 y 11 de enero de 2014, según las historias clínicas respectivas y el dictamen pericial aportado al cartulario.

La primera situación a destacar corresponde a la atención primaria que fue brindada a la señora MVHC el 08 de enero de 2014 y que no fue objeto de valoración en la sentencia recurrida, advirtiendo que *"...en esa fecha [08 de enero de 2014] la atendió la médico general Isabel Patricia Fuentes López en la IPS SALUDCOOP de Chinchiná, la cual ordenó la remisión inmediata de la paciente al servicio de urgencias del Hospital San Marcos de Chinchiná, hecho que no se encuentra documentado en el expediente, pues al mismo no fue aportado historia clínica que dé cuenta de esa atención"* (Se subraya), aseveración que se torna evidentemente desacertada, pues revisado el cartulario se destaca que, en el mismo obra copia de la historia clínica de dicha atención en la I.P.S. Saludcoop del municipio de Chinchiná.

Advierte la Sala en este punto, que el *a quo* efectuó un análisis incompleto de las documentales obrantes en el proceso, el cual al parecer se debió a inconsistencias en la digitalización del cartulario, pues al verificar el archivo digital *"20cuaderno"* contentivo del cuaderno No. 1 del expediente físico, se observa que las pruebas documentales aportadas por la parte demandante fueron escaneadas por una sola cara, omitiéndose la digitalización de los reversos de múltiples folios, situación que no fue advertida por el fallador de primera instancia, y por la que este Tribunal instará al Juzgado de primera instancia a tomar las medidas pertinentes para el adecuado manejo de los expedientes digitalizados.

Así, consultado el expediente físico del asunto, se destaca que a folio 66 del cuaderno No. 1 se encuentra la historia clínica de la atención brindada a la señora MVHC en la I.P.S. Saludcoop del municipio de Chinchiná, la cual contiene información de gran relevancia para la resolución del asunto y que se reitera fue desconocida por el *a quo*, esto es, el señalamiento expreso en dicha historia clínica de que la paciente informó como motivo de consulta “cuadro clínico de 24 horas de opresión torácica...”, respondiendo a examen físico con “*dolor al palpar epigastrio*”.

La relevancia de lo anterior, se concatena con el hecho de que la principal razón de imputación del daño al Hospital San Marcos en la sentencia recurrida corresponde a la no aplicación del fármaco trombolítico que fue advertido por el perito médico como adecuado para el manejo de infartos de miocardio con elevación del segmento ST.

En este orden de ideas, resulta necesario destacar que el mismo peritaje que fue base de la imputación del daño efectuada por el *a quo* advirtió que, este tipo de tratamiento farmacológico previene 30 muertes tempranas por cada 1000 pacientes tratados **dentro de las primeras 6 horas posteriores al inicio de los síntomas**, pudiéndose obtener el mayor beneficio cuando el tratamiento se ofrece **en las primeras 2 horas** de inicio de la sintomatología, empero que en todo caso, la terapia fibrinolítica es recomendable **en las primeras 12 horas** tras el inicio del cuadro clínico.

Se destaca que, el referido peritaje nada menciona sobre la atención brindada a la paciente en la I.P.S. Saludcoop el 08 de enero de 2014, por lo cual este no tuvo en cuenta para arribar a sus conclusiones lo mencionado por la paciente en su atención inicial, al referir el motivo de consulta un “*cuadro clínico de 24 horas de opresión torácica...*”, siendo este el síntoma que precisamente se adujo por el perito como primer indicativo de la existencia de un “*infarto de miocardio*”.

En este orden de ideas, la apreciación del *a quo* sobre la imputación del daño a la ESE Hospital San Marcos, adolece de claras falencias, en primer lugar, se destaca que no existe acreditación alguna que pueda denotar que la no aplicación de dicho fármaco fue causa eficiente del fallecimiento de la señora MVHC, por lo que aducir dicha omisión como razón central para imputar el daño -entendido como la muerte de la paciente- a dicha ESE desconoce sin fundamento probatorio, el alcance de la actuación de dicha demandada en el marco de la atención médica prestada.

Ahora bien, debe destacarse que incluso en el marco de la existencia un daño por “*pérdida de oportunidad*” por no haberse suministrado dicho tratamiento farmacológico, las situaciones fácticas advertidas no permiten imputar con suficiencia este tipo de daño a la E.S.E. demandada, pues como se advirtió en el dictamen pericial, el tratamiento de “*terapia fibrinolítica*” cuenta con un índice del 3%²⁶ de prevención de muertes tempranas, índice que se alcanza cuando el tratamiento se suministra dentro de las primeras 2 horas de inicio de los síntomas, siendo incluso recomendado dentro de las primeras 12 horas.

²⁶ El perito refirió una expectativa de evitar 30 muertes en cada 1.000 pacientes.

Con base a lo anterior, para la hora de la atención médica primaria recibida por la paciente en la I.P.S. Saludcoop, el 08 de enero a las 11:30 la paciente refirió que sus síntomas llevaban 24 horas de evolución.

Frente a este tópico, el *a quo* a efectos de sustentar la imputación del daño, se soportó en el “TRIAGE” de remisión obrante en la historia clínica de la E.S.E. Hospital San Marcos²⁷ que advirtió “MC REMITIDA DE CONSULTA EXTERNA... PACIENTE CON CUADRO CLINICO DE APROX 12 HORAS DE EVOLUCION DE DOLOR TORACICO OPRESIVO”, sin embargo, como se advirtió, en la historia clínica que no fue objeto valoración por la primera instancia, la paciente al inicio de su atención refirió una evolución de 24 horas en sus síntomas.

En este orden de ideas, para la Sala no existe una adecuada imputación del daño a la E.S.E. Hospital San Marcos, pues no existen evidencias que permitan afirmar que el fallecimiento de la paciente, el 11 de enero de 2014, tuvo causa eficiente en la atención brindada por esa ESE el 08 de enero anterior.

Tampoco podría aducirse una suerte de daño por “*pérdida de oportunidad*” ante el no suministro de la “*terapia fibrinolítica*” frente a una paciente que adujo una evolución de sus síntomas de 24 horas, pues como lo advirtió la prueba técnica, este tratamiento es recomendado durante las primeras 12 horas de los síntomas e incluso en el escenario de máxima eficacia, esto es, dentro de las primeras 2 horas de inicio de los síntomas, su suministro ha demostrado evitar un porcentaje limitado, como es el 3% de las muertes en pacientes con infarto agudo de miocardio con elevación del segmento ST; esto es, no podría afirmarse la existencia de una posibilidad cierta de recuperación en caso de haberse suministrado dicho tratamiento pasadas 24 horas desde el inicio de los síntomas.

Así, en cuanto a la causalidad, el Consejo de Estado²⁸ ha señalado que, debe ser probada por la parte demandante en aras de acreditar la responsabilidad de la entidad demandada; esta no se presume, ni siquiera en aquellos asuntos en los cuales se utilice un régimen de responsabilidad objetiva. Al respecto ha referido:

“Para explicar el vínculo de causalidad que debe existir entre el hecho y el daño, se han ideado varias teorías; las más importantes son: la ‘teoría de la equivalencia de las condiciones’ y ‘la teoría de la causalidad adecuada’. De acuerdo con la primera, todas las causas que contribuyeron a la producción del daño se consideran, desde el punto de vista jurídico, como causantes del hecho, y quienes estén detrás de cualquiera de esas causas, deben responder. A esta teoría se la rechaza por su inaplicabilidad práctica, pues deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría, absurdamente, buscar responsables hasta el infinito. Para suavizar este criterio, se ha ideado la llamada teoría de la causalidad adecuada, según la cual no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper

²⁷ Expediente digital, archivo: “021Cuaderno”, Fl. 106.

²⁸ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Gladys Agudelo Ordóñez, sentencia del 27 de abril de 2011, Radicación número: 85001-23-31-000- 1999-00021-01(19155)

*el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño*²⁹.

Así las cosas, respecto de la no aplicación del fármaco trombolítico que fue advertido por el perito médico como adecuado para el manejo de infartos de miocardio con elevación del segmento ST, la Sala no puede concluir que ese hecho sea suficiente para atribuir el fallecimiento de la paciente a las entidades demandadas.

Ahora bien, existe una segunda razón que fue aducida como fundamento de la imputación del daño respecto de la ESE y por la cual igualmente se imputó responsabilidad a las codemandadas Saludcoop EPS e IPS Clínica del Café, esto es, el haber efectuado la remisión de la señora MVHC desde la ESE Hospital San Marcos, el 08 de enero de 2014 a la referida IPS, a pesar de que esta última no contaba con los medios para realizar la intervención quirúrgica requerida.

Sobre este particular, la sentencia recurrida advirtió que, la EPS Saludcoop debió garantizar la remisión de la paciente a una institución que contara con los servicios de unidad coronaria para la realización del procedimiento requerido para el manejo de infarto agudo de miocardio que padecía y que, por su parte, la ESE Hospital San Marcos y la IPS Clínica del Café no debieron efectuar y aceptar la remisión de la paciente, pues con base al diagnóstico de aquella, debieron compeler a que suministrará otro destino de la remisión con las condiciones ya advertidas.

Sobre este tópico, cabe traer a colación los contenidos del Decreto 4747 de 2007³⁰ que regula los procedimientos para el manejo de traslado de pacientes o también denominados procedimientos de referencia y contrarreferencia entre las entidades que componen el sistema de salud, dicha disposición advierte en su artículo 17 que:

*“Artículo 17. Proceso de referencia y contrarreferencia. El diseño, organización y documentación del proceso de referencia y contrarreferencia y la operación del sistema de referencia y contrarreferencia **es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud, quienes deberán disponer de una red de prestadores de servicios de salud que garanticen la disponibilidad y suficiencia de los servicios en todos los niveles de complejidad a su cargo, así como la disponibilidad de la red de transporte y comunicaciones.***

*Con el fin de garantizar la calidad, continuidad e integralidad en la atención, **es obligación de las entidades responsables del pago de servicios de salud la consecución de institución prestadora de servicios de salud receptora que garantice los recursos humanos, físicos o tecnológicos así como los insumos y medicamentos requeridos para la atención de pacientes. La responsabilidad del manejo y cuidado del paciente es del prestador remitente hasta que ingrese en la institución receptora.** Cuando el transporte se realice en una ambulancia debidamente habilitada, que no dependa de la IPS remitente, la entidad que tiene habilitado el*

²⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. Edit. Temis, 2ª edición. Tomo I, vol 2., Santafé de Bogotá, 1996. pp. 245, 246.

³⁰ "Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones"

servicio de transporte será responsable de la atención durante el mismo, con la tecnología disponible de acuerdo con el servicio de ambulancia habilitado, hasta la entrega del paciente en la entidad receptora definida por la entidad responsable del pago. (Resalta la Sala)

Como puede verse, desde la óptica de una imputación jurídica, resulta claro que la obligación referente a la existencia de una red de servicios adecuada y la correspondiente consecución de la institución prestadora de servicios de salud que reciba a los pacientes que requieren un mayor nivel de atención, o un servicio en particular, es una obligación en cabeza de las entidades responsables del pago de servicios de salud, esto es, para el caso de marras SaludCoop E.P.S., mientras que la responsabilidad atinente al cuidado y salvaguarda del paciente en los traslados entre las respectivas instituciones, sí atañe a las instituciones prestadoras de salud.

Así las cosas, para la Sala no puede ser de recibo lo manifestado por el *a quo* al señalar como fundamento de la imputación a la E.S.E. Hospital San Marcos y la I.P.S. Clínica del Café, haber efectuado la remisión de la señora MVHC desde la ESE Hospital San Marcos de Chinchiná hacia la IPS Clínica del Café de Armenia “...es tanto como si le hubieran negado totalmente el servicio médico”, pues si bien, la posibilidad ideal de atención en el caso de la paciente hubiese sido su remisión directamente a la institución que pudiese practicarle el procedimiento quirúrgico, mal puede endilgarse el daño por la muerte de la paciente a dichas entidades en razón de su traslado a la segunda institución, que cabe destacar contaba con servicio de unidad de cuidados intensivos y que recibió a la paciente ingresándola a tal unidad.

En este orden de ideas, no se observa -ni tan siquiera se arguye por la parte actora- que las codemandadas E.S.E. Hospital San Marcos e I.P.S. Clínica del Café hayan incumplido, omitido o atendido deficientemente sus obligaciones en la remisión de la paciente, obligaciones que se itera, se circunscriben a la prestación del servicio médico y a la salvaguarda de la integridad física de esta en su traslado, pues como se desprende de la historia clínica la E.S.E. demandada, atendió el transporte de la paciente en la ambulancia de la institución y con la compañía del personal de salud pertinente, traslado que se concluyó con la debida internación del paciente en la unidad de cuidados intensivos de la I.P.S., sin que se aleguen, ni se observen por este Tribunal, se itera, falencias en la prestación del servicio de salud durante la remisión de la señora MVHC desde el municipio de Chinchiná a la ciudad de Armenia.

Para la Sala, imputar la muerte de la señora MVHC a la E.S.E. Hospital San Marcos y a la I.P.S. Clínica del Café por el hecho de haber garantizado la ubicación de la paciente en una institución con una capacidad claramente superior a la de dicha E.S.E. Hospital San Marcos, es tanto como castigar a dichas entidades del sistema de salud por su quehacer para garantizar una atención en mejores condiciones de la pacientes e incluso para el caso de la I.P.S. Clínica del Café castigarle por aceptar dar tratamiento en su unidad de cuidados intensivos a una paciente que así lo requería.

Incluso en su dictamen, el perito médico manifestó que, en estos casos se requiere manejo en una unidad coronaria o unidad de cuidados especiales o intensivos; por lo que a juicio de la Sala no se estima atinado imputar responsabilidad a las instituciones prestadoras de

salud aquí demandadas por haber remitido -según destino de remisión dispuesto por la E.P.S.- a la paciente a un mayor nivel de atención como era la IPS Clínica del Café.

Por el contrario observa este Colegiatura que, fue precisamente el acercamiento de la paciente desde el municipio de Chinchiná, hacia la ciudad de Armenia, lo que permitió que en la IPS Clínica del Café fuese confirmado el diagnóstico por un médico especializado con el apoyo de varias ayudas diagnósticas, fuera atendida en la unidad de cuidados intensivos, y que posterior a esa atención fuera determinada la necesidad del cateterismo y que desde allí fuese trasladada a la institución que realizó la “*Angioplastia Coronaria*” el 09 de enero de 2014 e internada nuevamente tras dicha intervención en la unidad de cuidados intensivos de la IPS Clínica del Café. Nótese como la historia clínica en dicha IPS relata que a las 20:10 la paciente “*FUE TRASLADADA AL CATETERISMO LLEVADA EN AMBULANCIA PARA LA CLINICA LA SAGRADA FAMILIA*”³¹ y como a las 21:10 la paciente fue ingresada nuevamente a la UCI de la IPS Clínica del Café “*EN POS OPERATROIO INMEDIATO DE CATETERISMO CARDIACO...*”.

Como puede verse, la atención dada a la paciente por parte de la IPS Clínica del Café permitió su internación en la unidad de cuidados intensivos y que allí se confirmara el evento coronario agudo por el médico intensivista a través de varias ayudas diagnósticas³², así mismo, dicha institución gestionó y materializó que aquella fuese intervenida quirúrgicamente en otra institución aledaña e ingresada nuevamente a la unidad de cuidados intensivos de la referida IPS en un lapso adecuado -cerca a una hora-.

Ahora bien, la Sala no desconoce que, como lo señaló el dictamen, la opción por excelencia hubiese sido trasladar a la señora MVHC directamente a una institución con la capacidad para efectuar la intervención quirúrgica, esto es, una institución prestadora de salud con unidad cardiovascular o de hemodinamia, sin embargo, esto no puede desconocer que, como se advirtió en precedencia, la obligación de contar con la red de servicios pertinente y conseguir la institución prestadora de servicios de salud que reciba al paciente, es una obligación legalmente establecida a cargo de las entidades prestadoras de salud -E.P.S.- como entidades responsables del pago de servicios de salud.

Así las cosas, garantizar la atención de la paciente mediante el traslado a una institución de mayor capacidad de atención con los servicios idóneos para prestar el servicio que requería en su momento, es una obligación que para el caso de marras se encontraba en cabeza de SaludCoop E.P.S. y cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso no puede ser imputado a las instituciones que prestan el servicio médico.

Corolario, la Sala confirmará la imputación del daño, efectuada por el *a quo*, a la E.P.S. SaludCoop como entidad que se encontraba obligada a garantizar la disponibilidad y atención en una red de servicios idónea para tratar la patología de la señora MVHC, siendo

³¹ Se advierte que la referencia a la clínica la sagrada familia responde a un error en la historia clínica pues el procedimiento fue realizado en la I.P.S. Clínica San Rafael.

³² Laboratorios de tiempo de tromboplastina parcial (ptt) nitrógeno ureico (bun), potasio, tiempo de protrombina (pt), sodio, amilasa, bilirrubinas total y directa, calcio iónico, cloro, creatinina en suero, orina u otros, creatin quinasa por espectrofotometría, deshidrogenasa láctica, gases arteriales (en reposo o en ejercicio), gases venosos, hemograma iv, magnesio, banco de sangre, radiografía de tórax, ecocardiograma con Doppler a color, ultrasonografía de abdomen.

esta quien debió garantizar su remisión a una institución prestadora de salud que contará con los servicios de unidad cardiovascular o hemodinamia.

Sin embargo, dicha omisión no permite la imputación del daño entendido como la muerte de la paciente, pues no existe prueba técnica que permita arribar a dicha conclusión, por lo cual se imputará a dicha E.P.S. el daño consistente en la pérdida de oportunidad derivada de que la señora MVHC no haya sido intervenida con el cateterismo requerido en un lapso menor.

Descendiendo a este tópico, resulta necesario destacar que el dictamen pericial, que fue en gran medida base de la imputación del daño por parte del *a quo*, en cuanto a las causas eficientes del fallecimiento de la señora MVHC fue bastante parco en las apreciaciones referentes a las complicaciones sufridas por la paciente tras la realización de la “*Angioplastia Coronaria*” y no abordó por modo alguno los efectos que pudo tener en dicho desenlace, lo manifestado por el paciente en su atención inicial del 8 de enero de 2014 sobre el impacto de la evolución de 24 horas que presentaban los síntomas de la paciente con anterioridad a su consulta ante los servicios de salud, situación que no permite arribar a la conclusión de que las fallas en la remisión de la paciente -direccionamiento a institución sin unidad cardiovascular- hayan causado directamente el fallecimiento de la misma.

Se destaca como, la prueba técnica se limitó a un especial énfasis sobre la idoneidad de haber brindado una terapia farmacológica a la paciente en las primeras horas de inicio de los síntomas, sin embargo, en lo que respecta a los servicios y procedimientos médicos que fueron brindados a la paciente, pasa por alto el análisis detallado de múltiples factores que antecedieron al fallecimiento de la paciente.

Véase como el perito señaló:

“Con las discrepancias de conceptos en las lecturas de los electrocardiogramas anteriormente expuestos y sin los mismos, es imposible determinar cuál es el diagnóstico definitivo que tuvo la paciente, sin embargo, es claro y conociendo el resultado del cateterismo realizado posteriormente, que la paciente si presentó un evento coronario agudo (lo que no sabemos es si fue o no con elevación del segmento ST ya que no tenemos los electrocardiogramas, al parecer, era con elevación del segmento ST) que por su tratamiento no oportuno y reperfusión tardía, llevó a que se presentaran las complicaciones que sucedieron después, generando la muerte del paciente.”

Ya cuando se realizó el cateterismo la paciente estaba en malas condiciones y el pronóstico no era el mejor.

***Insisto**, sería importante conocer si hay alguna historia clínica electrónica del día 05 de enero del 2014 del Hospital de San Marcos, ya que la que se adjunta es manual y solo tiene 2 páginas de información y lo más importante tener los electrocardiogramas realizados a la paciente los días 05 de enero de 2014 y 08 de enero de 2014, los cuales no se aportan, lo anterior, para corroborar si los datos médicos expresados en la historia clínica concuerdan con los hallazgos electrocardiográficos y se actuó o no correctamente, ya que no concuerdan las lecturas médicas de los mismos en el transcurso de las historias clínicas.”*

Como se puede observar, el perito manifestó como la falta de algunos elementos en la historia clínica impedían determinar con toda certeza si *“se actuó o no correctamente”* en la atención médica, lo que se aúna a que, si bien señala que las complicaciones presentadas en el estado de salud de la señora MVHC obedecieron a *“su tratamiento no oportuno y reperusión tardía”*, dichas conclusiones fueron planteadas sin realizar ningún tipo de mención a como las 24 horas de evolución de los síntomas de la paciente, previo a que acudiera ante los servicios de salud, pudieron afectar en las posibilidades de recuperación y sin determinar por modo alguno una relación directa y concreta entre el actuar de la E.P.S. SaludCoop en el marco la remisión de la paciente y su fallecimiento.

Así mismo, dicha prueba nada menciona acerca de la multiplicidad de complicaciones que se presentaron en la atención medica de la paciente con posterioridad al 9 de enero de 2014 y que obran en la historia clínica, y si estas han tenido causa o no en la denominada *“atención tardía”*; *verbi gracia*, nada menciona el perito u otra prueba obrante en el expediente sobre anotaciones de la historia clínica tales como: *“Se encuentra soplo sistolico en 4 focos no encontrado en examen clinico de la mañana. Se plantea posible reinfarto...”*, *“...Ademas de lo anterior presenta episodio de hematemesis en abundate cantidad hipotensa con inotropismo mixto alto se comento con hemodinamista dr burgos quien indica reiniciar tiro fiban or sospeche de obstruccion de stenpor trombos intraarteriales...”*, *“ALTA POSIBILIADADD E ESTAR CURSANDO IZQUEMIA MESENERICA, CONSIDERO QUE EN LAS CONDICIONES CLINICAS ACTUALES NO ES PERTINENTE REALIZAR PROCEDIMIENTO QUIRURUGICO ANEMIA AGUDA ASOCIADA A PERDIDAS POSIBLEMENTE GASTROINTESTINALES...”* *“...TENDENCIA A HIPOTENSION ARTERIAL MUY MAL PERFUNDIDA CON LIVIDECES GENERALIZADAS...”*, *“...DERRAME PERICARDICO HIPERTENSION PULMONAR SEVERA, LA RADIOGRAFGIAS DE TORAX MUESTRA CONGESTION PULMONAR BASAL CARDIOMEGALIA...”*.

Como se evidencia en la historia clínica, la paciente sufrió una serie de complicaciones tras la realización del procedimiento de *“Angioplastia Coronaria”*, tales como, síntomas que de conformidad con la historia clínica denotaban la posibilidad de un nuevo episodio de infarto posterior al ya tratado, y otras tantas sobre las cuales no se efectuó ningún análisis puntual que permitiera imputar su causa como lo hizo el *a quo*, a la remisión que se efectuó hacia la IPS Clínica del Café.

Cabe destacar en este punto, que la prueba técnica como lo es el dictamen pericial que se rindió en el *sub lite*, es una herramienta que presta importantes insumos al fallador para determinar con criterios técnicos la existencia de imputación fáctica y jurídica en los escenarios de responsabilidad estatal, sin embargo, esta prueba no puede observarse de forma independiente a los demás elementos probatorios, menos aún en asuntos como en el caso de marras donde se imputó directamente el fallecimiento de una paciente a una atención y remisión médica que dató de días antes y con posterioridad a la cual se prestaron multiplicidad de servicios médicos y se presentaron múltiples complicaciones en el estado de salud de la paciente.

Análisis que por demás fue descrito por el propio perito como dubitativo, ante la falta de todos los elementos necesarios para el análisis de la atención brindada; aunado a que no

desarrolló expresamente múltiples elementos de la historia clínica entre los días 09 y 11 de enero de 2014 y que fueron posteriores a la remisión de la paciente, el 08 de enero.

Así las cosas, respecto de la remisión de la paciente a la I.P.S. Clínica del Café que no contaba con servicio cardiovascular o de hemodinamia, la Sala no puede concluir que estos hechos sean la causa suficiente para atribuir el fallecimiento de la paciente a las entidades demandadas, empero si permite concluir que con dicho actuar se privó a la paciente de la posibilidad de recibir el procedimiento quirúrgico que requería con una mayor prontitud.

Sobre este tipo de daño, el Consejo de Estado ha advertido que³³:

“15.1. En la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida el 11 de agosto de 2010, se trajo a colación los requisitos para estructurar el daño de pérdida de oportunidad, a saber: i) certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde; ii) imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento; y iii) la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

...

15.3. Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado. En primer lugar, para determinar si se está en presencia de un daño de pérdida de oportunidad, es necesario establecer que, en efecto, el titular de la expectativa legítima se encontraba, para el momento en que ocurre el hecho dañino, en una situación de incertidumbre de recibir un beneficio o una ventaja esperada, o de evitar un perjuicio indeseado.

...

15.3.1. En ese orden de cosas, la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado consistente en la obtención de un beneficio o la evitación de un perjuicio que se busca evitar es el primer elemento para proceder a estudiar los otros que se exigen para la configuración de la pérdida de oportunidad

...

15.4. Certeza de la existencia de una oportunidad. En segundo lugar, se debe constatar que, en efecto, existía una oportunidad que se perdió. La expectativa legítima debe acreditar inequívocamente la existencia de “una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente” de que, de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido incólume la expectativa de obtener el beneficio o de evitar el detrimento correspondiente.

15.5. Pérdida definitiva de la oportunidad. En tercer lugar, se debe acreditar la imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento. Es indispensable que se tenga la certeza de que la posibilidad de acceder al beneficio o evitar el perjuicio fue arrancada definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo tornándola en inexistente, porque si el beneficio final o el perjuicio eludido aún pendiera de la realización de una condición futura que conduzca a obtenerlo o a evitarlo, no sería posible afirmar que la oportunidad se perdió, ya que dicha ventaja podría ser aún lograda o evitada y, por ende, se trataría de un daño hipotético o eventual; dicho de otro modo, si bien se mantiene incólume la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir el beneficio o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido de modo irreversible, en la medida

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 05 de abril del 2017, Rad. Int, 25706, MP. Ramiro Pazos Guerrero.

en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y, entonces, no habría nada por indemnizar.”

En este orden de ideas, la Sala advierte que existieron múltiples situaciones materiales y médicas que precedieron el fallecimiento de la señora MVHC, por lo cual se itera, no se podría afirmar que su deceso sea imputable concretamente a las ya advertidas falencias en la remisión de la paciente en que incurrió la E.P.S. SaludCoop, empero, si es dable señalar que al no haber garantizado que la paciente pudiese ser remitida directamente a una institución prestadora de salud que tuviese unidad cardiovascular o de hemodinamia privó a aquella de la oportunidad de obtener el resultado derivado de que el procedimiento de “*Angioplastia Coronaria*” se hubiese practicado con mayor celeridad.

Sobre la existencia de esta oportunidad resulta pertinente traer a colación la guía práctica de atención para patologías de “*síndrome coronario*” expedida por el Ministerio de Salud³⁴ en la cual se destaca que “*A pesar de los efectos causados por la enfermedad aterosclerótica y en especial de su manifestación SCA, existe evidencia suficiente para demostrar que una intervención adecuada y respaldada en una Guía de Práctica Clínica (GPC), permite modificar la progresión de la enfermedad y minimizar el daño, con la consecuente disminución en la mortalidad y la mejoría en la calidad de vida.*” -pg. 25-.

Ahora bien, respecto a la cuantificación del daño en razón de la pérdida de oportunidad de que fue privada la señora MVHC debe advertirse que no obran en el plenario elementos técnicos que permitan aseverar con criterios de certeza, el porcentaje de participación que pudo tener dicha situación en la disminución en la mortalidad o mejoría en la calidad de vida de la paciente, por lo cual la Sala tomará como sustento el criterio desarrollado por el Consejo de Estado en la sentencia previamente citada para aquellos eventos en que no es posible tasar con criterios técnicos un porcentaje concreto de indemnización frente a este daño, situaciones frente a las cuales ha desarrollado el siguiente razonamiento:

“El porcentaje de probabilidades de la expectativa legítima truncada debe establecerse a través de los diferentes medios de prueba que obran en el proceso -regla general-. Ahora, si no se puede determinar dicho porcentaje de la pérdida de oportunidad -perspectiva cuantitativa-, pese a encontrarse acreditado el daño antijurídico cierto y personal perspectiva cualitativa-, deberá el juez de la responsabilidad, tal como lo ha señalado la doctrina³⁵, bien sea a) declarar en abstracto la condena y fijar los criterios necesarios para que, mediante un trámite incidental, se realice la cuantificación del perjuicio, o bien b) , acudir a criterios de equidad, eje rector del sistema de reparación estatal, -artículo 230 de la Constitución Política y 16 de la Ley 446 de 1998- a fin de reparar en forma integral el daño imputable a los demandados.

Ahora, si no es posible fijar científica y técnicamente el porcentaje de probabilidades, la cuantificación del porcentaje de posibilidades truncadas se determinará excepcionalmente, como sucede en otros ordenamientos jurídicos, en un 50%, el cual se aplicará para la

³⁴ Consultable en la página web de dicho ente ministerial, a través del enlace https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IETS/GPC_Comple_SCA.pdf

³⁵ **Cita de cita:** TAMAYO JARAMILLO, Tratado de Responsabilidad Civil, 2007, p. 338 y 341; Martínez Rave, La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, 1986, p. 126; HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 42 y 43.

liquidación de los perjuicios materiales e inmateriales, de manera que, en virtud de la equidad y la igualdad procesal que debe prohiarse entre las partes, no importa si el porcentaje de posibilidades frustradas haya podido fluctuar entre el 0.1 y el 99%, habida cuenta de que, sin haber podido aplicar la regla general, bastará que se hayan acreditado los elementos de la pérdida de oportunidad, es decir que se constate cualitativamente un truncamiento de la oportunidad que afecte el patrimonio de los demandantes para que proceda la reparación por excepción. Dicha excepción se justifica porque aunque haya ausencia cuantitativa del porcentaje de probabilidad de la expectativa legítima truncada, dicha expectativa sigue de todas maneras representado un menoscabo a un bien material o inmaterial que fue arrancado del patrimonio de la víctima y, por ello, debe ser reparada.”

Así las cosas, la Sala aplicará una reducción del 50% a las sumas otorgadas por el *a quo* con respecto a los perjuicios morales con base a los criterios fijados por la sentencia de unificación del Consejo de Estado sobre montos indemnizatorios; destacándose que, respecto a la indemnización otorgada por concepto de lucro cesante, esta no será otorgada debido a que el daño causado en este caso no admite este tipo de perjuicios, pues su origen no radica en la muerte de la paciente, sino en la pérdida de la oportunidad como se expuso en anteriores líneas.

5. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, considera este Tribunal que los elementos probatorios obrantes en el plenario no son suficientes para imputar el daño consistente en la muerte de la señora MVHC a las entidades demandadas, empero sí un daño por concepto de pérdida de oportunidad en cabeza de SaludCoop E.P.S. en razón de las falencias en que incurrió dicha entidad en el proceso de remisión de la paciente.

En tal sentido, no se comparte la postura desarrollada en la sentencia estudiada sobre como las causas eficientes de dicho deceso, fueron la no aplicación del tratamiento fármaco de “*terapia fibrinolítica*”, dado que dicha terapia farmacológica como lo destacó la prueba técnica es recomendada dentro de las primeras 12 horas de la sintomatología, síntomas que como se advirtió en la historia clínica, fueron advertidos por la paciente antes los servicios de salud, 24 horas después, ello aunado a que dicho tratamiento ofrecía una baja expectativa de evitar la mortalidad -3%-, incluso en un escenario idóneo de aplicación durante las primeras 2 horas de los síntomas.

Así mismo, tampoco estima esta Sala, como lo hiciere el *a quo* que la atención remisión de la paciente a la IPS Clínica del Café, “*hubiese equivalido a negarle el servicio*” pues no se demostró que la atención medica allí prestada fuese deficiente o incompleta y permitió la atención de la paciente en una unidad de cuidados intensivos y la prestación del servicio quirúrgico en otra institución aledaña.

Por lo cual anterior se impone revocar parcialmente la sentencia estudiada para en su lugar, declarar probadas las excepciones de “*Falta de acreditación de los elementos que configuran la responsabilidad estatal, régimen de falla probada*” e “*inexistencia de nexo causal entre la prestación del servicio médico a cargo de Dumian Medical S.A.S y el daño*” formuladas por la E.S.E Hospital San Marcos De Chinchiná, Caldas, Dumian Medical S.A.S -I.P.S Clínica del Café,

declarando administrativa y patrimonialmente responsable únicamente a la E.P.S. Saludcoop empero, por el daño consistente en “pérdida de oportunidad” según se expuso.

6. Costas

No habrá condena en costas por no haber sido impuestas en primera instancia y no ser objeto de apelación, además de no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

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

RESUELVE:

Primero: Revocar los ordinales 1º, 4º, 5º y 6º de la sentencia proferida el 12 de abril de 2023 por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Pablo Alejandro Cardona Hincapié y otros contra la E.S.E Hospital San Marcos De Chinchiná, Caldas, Dumian Medical S.A.S -I.P.S clínica del café- y Saludcoop EPS (liquidada).

En su lugar:

*“**PRIMERO:** Declarar probadas las excepciones de “Falta de acreditación de los elementos que configuran la responsabilidad estatal, régimen de falla probada” e “inexistencia de nexo causal entre la prestación del servicio médico a cargo de Dumian Medical S.A.S y el daño” formuladas por la E.S.E Hospital San Marcos De Chinchiná, Caldas, Dumian Medical S.A.S -I.P.S Clínica del Café-.*

...

*“**CUARTO:** Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la EPS SALUDCOOP por los perjuicios causados a los demandantes por la pérdida de oportunidad sufrida por la señora María Victoria Hincapié Correa.*

*“**QUINTO:** CONDENAR a SALUDCOOP EPS a reconocer y pagar, en favor de los demandantes, los perjuicios inmateriales por concepto de daños morales en las cuantías que a continuación se relacionan, tasados en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia:*

- Pablo Alejandro Cardona Hincapié (Hijo): 50 SMLMV.
- Libia Correa De Hincapié (Madre): 50 SMLMV.
- Adriana Lucía Hincapié Correa (Hermana): 25 SMLMV.
- Gloria Helena Hincapié Correa (Hermana): 25 SMLMV.

*“**SEXTO:** Denegar las pretensiones formuladas por concepto de lucro cesante.”*

Segundo: Confirmar en lo demás y por las razones aquí expuestas el fallo recurrido.

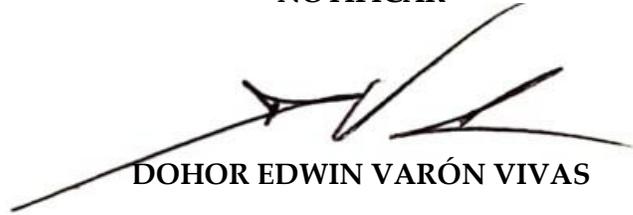
Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Exhortar al *a quo* a tomar las medidas pertinentes para el adecuado manejo de los expedientes digitalizados en su despacho judicial.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 4 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 155

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

Radicado: 17-001-33-39-005-2017-00011-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Jeimi Yolanda Osorio Gutiérrez y otros
Demandados: E.S.E Hospital San Juan de Dios
Asmet Salud E.P.S.
Llamado en garantía: Compañía de Seguros Previsora S.A.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y llamada en garantía contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicitó en síntesis, declarar responsable a las demandadas por los perjuicios causados a la señora Jeimi Yolanda Osorio Gutiérrez y sus hijos, producto de la falla en el servicio médico y los daños por pérdida de oportunidad que sufrió su madre y abuela la señora María Obeida Gutiérrez Gallego en el marco de la atención que le fue otorgada para el manejo de la patología “*infarto agudo de miocardio*” que ocasionó su deceso; en consecuencia, se deprecia condenarlas al pago de los perjuicios morales¹ y de daño a la vida de relación².

1.2. Fundamento Factivo

Se señaló que, con ocasión de un dolor en el pecho que padecía la señora María Obeida Gutiérrez Gallego -en adelante MOGG-, acudió el 21 de febrero de 2016 siendo aproximadamente las 19:10 al puesto de salud del corregimiento de Bolivia, Caldas, en el cual presta sus servicios la E.S.E Hospital San Juan de Dios, de Pensilvania.

Que en dicho puesto de salud no se contaba con un médico disponible para la prestación del servicio, por lo que fue atendida por un auxiliar de enfermería quien consultando a través de comunicación telefónica con una galena de la E.S.E Hospital San Juan de Dios ubicada en Pensilvania, dispuso la práctica de un electrocardiograma y suministrar el medicamento “*tramadol*”.

¹ Tasados en la suma de 100 s.m.m.l.v. para Jeimi Yolanda Osorio Gutiérrez en su condición de hija de la fallecida y en 50 s.m.m.l.v. para los menores Miguel Ángel Osorio González, Lina María Osorio Gutiérrez, Kevin Elian Ospina Osorio y Sulai Gutiérrez Gallego como nietos de la occisa.

² Estimados con base a los mismos rangos de parentesco, empero en las sumas de 80 y 30 s.m.m.l.v., respectivamente.

Que solo trascurridas cerca de 2 horas y por la insistencia y gestiones de sus familiares se dispuso la remisión de la señora MOGG al Hospital de Pensilvania, la cual fue realizada en una ambulancia de la E.S.E. demandada que mientras se trasladaba por el sector “El Cauce” sufrió una falla en un neumático, por lo que hizo necesario enviar otra ambulancia y completar el traslado, llegando al hospital siendo las 23:10, donde según anotación a las 23:52 se clasificó el grado de atención como urgente y se diagnosticó un “*infarto agudo de miocardio*”.

Que tras su diagnóstico se inició el manejo anti isquémico, advirtiéndose la imposibilidad de aplicar medicamentos de reperfusión vascular debido a una posible reacción alérgica, empero que siendo las 00:30 del 22 de febrero de 2016 se pasa a la paciente a la sala de reanimación y se ordena su remisión a un centro de salud que cuente con el servicio de hemodinamia, pero por su mal estado de salud la señora MOGG fallece en el Hospital de Pensilvania a las 02:20 horas.

2. Contestación de la demanda

2.1. Asmet Salud EPS

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que, la EPS no tuvo ninguna responsabilidad en el fallecimiento de la señora MOGG ya que no le corresponde organizar la plantilla de personal de las IPS ni determinar la asignación de profesionales al servicio de urgencias, pues con el fin de asegurar la prestación del servicio se limita a celebrar contratos con las I.P.S. respectivas, como la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Pensilvania, siendo esta última la entidad obligada a garantizar una atención prehospitalaria o de urgencias adecuada, por lo que, de acuerdo con la Resolución 5521 de 2013 del Ministerio de Salud, la responsabilidad de la atención inicial de urgencias recae en las I.P.S., lo cual incluye el diagnóstico y materializar la remisión respectiva en caso de no contar con la tecnología necesaria para tratar el caso.

En línea con lo anterior, formuló las excepciones que denominó “*Cumplimiento por parte de Asmet Salud ESS EPS de las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en salud en el ámbito del régimen subsidiado desde la afiliación de María Gutiérrez*”, “*Inexistencia de responsabilidad de Asmet Salud EPS respecto de la calidad de los servicios prestados en el centro de salud de Bolivia y en el hospital San Juan de Dios en virtud de que mi representada actuó con diligencia y obediencia legal al momento de la contratación con dicha institución*”, “*Inexistencia de solidaridad entre Asmet Salud EPS y el Hospital San Juan de Dios sobre el presunto daño causado a la familia de la señora Gutiérrez*” y “*Falta de legitimación en la causa por pasiva material debido a que mi representada no participó en la presunta falla*”.

2.2. E.S.E. Hospital San Juan de Dios

Se opuso a la prosperidad arguyendo que, el personal médico asociado al hospital brindó atención a la paciente de acuerdo con los protocolos de atención establecidos, procedimientos de atención que tienen como objetivo interrumpir el deterioro de la salud, estabilizar al paciente y trasladarlo de manera segura a un espacio equipado para tratar su dolencia, atención que se brindó mediante personal capacitado como lo era el auxiliar de enfermería que se encontraba en el puesto de salud del corregimiento de Bolivia, auxiliar que esta entrenado para asistir al profesional de la salud en el diagnóstico, siguiendo los

protocolos establecidos en la guía para el manejo de urgencias emitida por la Federación Panamericana de Asociaciones de Facultades de Medicina.

Señala que en lo referente al transporte en ambulancia dicho servicio contó con un conductor capacitado en primeros auxilios y un auxiliar de enfermería como lo exigen los protocolos del Ministerio de Salud, empero que, allí se presentó una causa extraña que media entre la conducta del personal de salud y el daño sufrido, como fue una falla de la ambulancia que generó retrasos en la prestación del servicio.

Destaca que, superado el impase anterior, se procedió a efectuar un protocolo de *Triage* adecuado, teniendo en cuenta que, en casos de enfermedades cardíacas la atención prehospitalaria tiene como objetivo limitar el daño al miocardio y prevenir arritmias fatales, lo cual se efectuó mediante el suministro de oxígeno y los fármacos que la condición clínica de la paciente permitió.

Así, propuso las excepciones que tituló como *“La responsabilidad médica es de medios y no de resultado”* y *“Caso fortuito y fuerza mayor”*.

Finalmente, llamó en garantía a la compañía de seguros Previsora S.A. con base en la póliza de responsabilidad civil extracontractual, para que, ante una eventual condena, reembolse total o parcialmente el pago que tuviere que efectuar.

2.3. Seguros La Previsora S.A. (llamada en garantía)

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones señalando que, ni el hospital, ni el personal médico fueron responsables del daño alegado en la demanda, ya que la paciente ingresó al servicio de urgencias con enfermedades preexistentes para las cuales no se buscó la atención pertinente, ni por ella ni por su familia, tales como tabaquismo e hipertensión, ello sumado a que, en el ámbito de la actividad hospitalaria, la responsabilidad no puede establecerse únicamente mediante una omisión generalizada, sino que requiere demostrar la relación causal entre dicha conducta y el daño alegado, sin que en el caso, existan pruebas concluyentes que vinculen de manera fehaciente el fallecimiento de la señora Gutiérrez con una prestación deficiente del servicio.

Respecto a las pretensiones del llamamiento, al paso de señalar las condiciones generales del contrato de seguro, señaló que la Póliza de Responsabilidad Civil Nro. 1003591, en la que figura como tomador el Hospital San Juan de Dios de Pensilvania, para la vigencia comprendida del 24 de octubre de 2015 al 24 de octubre de 2016, que fue la que se aportó al formular el llamamiento en garantía a la Aseguradora, limita los *“amparos contratados”*, por concepto de daños extrapatrimoniales a un valor asegurado máximo de \$50.000.000, con un deducible del 10% del valor de la pérdida.

Propuso las siguientes excepciones frente a la demanda: *“Inexistencia relación de causa a efecto entre los actos del equipo médico, es decir, el servidor prestado por el ESE Hospital San Juan de Dios de Pensilvania – Caldas, y el fallecimiento de la señora María Obeida Gutiérrez”*, *“Inexistencia de omisión por parte del ESE Hospital San Juan de Dios de Pensilvania - Caldas”*, *“Exoneración por estar probado que el equipo médico del ESE Hospital San Juan de Dios de Pensilvania – Caldas, empleó la debida diligencia y cuidado en la atención”*, *“Falta de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil en nuestra legislación en el acto médico”*, *“Ausencia de pruebas de los perjuicios reclamados como daño a la vida en relación”*, *“Excepción subsidiaria propuesta en el evento de*

acreditarse la responsabilidad en cabeza del hospital demandado, indicando que la reparación alegada por los accionantes no procede por cuanto no se acreditaron las condiciones del daño”.

Frente al llamamiento en garantía propuso las excepciones; *“Inexistencia de obligación al no existir responsabilidad imputable al asegurado”, “Sujeción de las partes del contrato de seguro, póliza de responsabilidad civil No. 1003591 y las normas legales que lo regulan”, “Límite de valor asegurado respecto al amparo de daños extrapatrimoniales”, “Límite de valor asegurado bajo la póliza objeto del llamamiento en garantía” y “Deducible a cargo del asegurado”.*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones *“Cumplimiento por parte de Asmet Salud ESS EPS de las disposiciones legales que regulan el sistema de seguridad social en salud en el ámbito del régimen subsidiado desde la afiliación de María Gutiérrez” e “Inexistencia de responsabilidad de Asmet Salud EPS respecto de la calidad de los servicios prestados en el centro de salud de Bolivia y en el hospital San Juan de Dios en virtud de que mi representada actuó con diligencia y obediencia legal al momento de la contratación con dicha institución”* propuestas por Asmet Salud EPS y no probadas las excepciones propuestas por la E.S.E. Hospital San Juan de Dios, por lo que declaró patrimonialmente responsable a esta última por los perjuicios morales generados a los demandantes con ocasión del daño por pérdida de oportunidad padecido por la señora MOGG -50 s.m.l.m.v. para su hija y 25 s.m.l.m.v. para sus nietos-, negando los perjuicios reclamados por concepto de daño a la vida de relación.

Para fundamentar su decisión, luego del análisis jurídico y probatorio concluyó que, el daño se constituye en la pérdida de oportunidad derivada de *“...que la señora Gutiérrez tuvo que esperar un total de 3 horas y 40 minutos en ese centro asistencial, tiempo que a la luz de lo probado en el proceso y al entender de este operador jurídico resulta excesivo, habida cuenta de que la valoración inicial no la realizó un médico o personal con conocimientos idóneos para dar inicio al procedimiento pluricitado.”*, lapso que *“pudo incidir en cierto grado a que se privara a la paciente de la posibilidad de mejorar su condición de salud y evitar el fatal desenlace, ya que los plazos contenidos en la literatura médica son ventanas de efectividad terapéutica y que de iniciarse el tratamiento en el menor tiempo posible aumenta el grado de efectividad”.*

Que dicho daño es imputable a la E.S.E. demandada bajo el título jurídico de imputación de falla probada del servicio médico, por cuanto *“En el caso en concreto se privó a la señora Gutiérrez de la posibilidad de cambiar el curso natural de su enfermedad, ello debido a **la demora en la remisión de un centro asistencial a otro y la falta de elementos diagnósticos** que permitieran ampliar el panorama de su evolución... Retomando los planteamientos contenidos en el peritaje rendido por el Dr. Sebastián Sánchez Castaño y del testimonio de la Dra. Maridelma Villanueva Dávila, se tiene que la valoración inicial a efectos de lograr un diagnóstico e iniciar el andamiaje asistencial contenido en el protocolo de atención, **debía practicarse necesariamente por un médico**, ya que su aplicación exige conocimientos técnicos especializados que un auxiliar de enfermería no posee.”* (Negrillas de la Sala).

Finalmente, sostuvo que la señora MOGG perdió en forma definitiva la oportunidad de ser valorada adecuadamente por un médico y ser diagnosticada y remitida con mayor celeridad a un centro de atención de mayor capacidad, por lo que esto se generó perjuicios morales en los aquí demandantes en su calidad de hija y nietos de aquella.

Finalmente, dispuso que La Previsora Seguros S.A., deberá asumir el pago de la condena

aquí impuesta en atención a la póliza de seguros suscrita entre ésta y el hospital demandado, ello hasta la concurrencia del valor asegurado y previo pago del deducible a cargo de la entidad asegurada.

4. Recurso de apelación

4.1. E.S.E. Hospital San Juan de Dios

Solicitó revocar el fallo, para lo cual indicó que quedó acreditado con la historia clínica, que la E.S.E. realizó los trámites de remisión para un centro de mayor complejidad, sin embargo, fue aceptada en la Clínica del Corazón de Manizales para el 22 de febrero a la 7:50 a.m, sin embargo, la paciente falleció a las 2:20 a.m. del 22 de febrero de 2020, es decir, 5 horas y 30 minutos antes de que pudiera ser remitida.

Por lo anterior, arguye que la ausencia de un médico en el puesto de Salud del corregimiento de Bolivia, no es la causa directa del fallecimiento de la paciente, ni hubiese cambiado el curso de la enfermedad, por lo que tampoco ocasionó una pérdida de oportunidad, pues de acuerdo a lo indicado por los galenos, a la paciente debía practicarse un procedimiento que no se realiza en los centros de primer nivel de complejidad como la E.S.E. Hospital Local San Juan de Dios de Pensilvania.

Refirió que, la sentencia desconoció que el tratamiento farmacológico -“Oxígeno”, “Betabloqueantes”, “Ácido acetilsalicílico- AAS” y “Clopidrogel”- suministrado en el marco de la atención brinda por la E.S.E. es el tratamiento adecuado para patologías de “infarto agudo de miocardio”, procedimientos practicados que corresponden a los requeridos y disponibles por la entidad atendiendo a su nivel de atención.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia y en su lugar declarar probadas las excepciones propuestas.

4.2. Seguros La Previsora S.A.

Solicitó revocar el fallo y en su lugar negar las pretensiones, para ello al paso de reiterar sus argumentos referentes a que la E.S.E. Hospital San Juan de Dios prestó los servicios de salud adecuados, señaló que el sistema de salud colombiano caracterizado por la falta de recursos para garantizar una atención médica adecuada y la atención colapsada en los hospitales públicos, exige al juez administrativo en aras de garantizar una justicia material, la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad yendo más allá del hecho lesivo causado por la falla del servicio, para analizar también las ventajas o beneficios que el paciente hubiera podido obtener si el tratamiento hubiese sido oportuno y adecuado, por lo que debe tenerse en cuenta que en el caso de la señora MOGG no se dieron los presupuestos de pérdida de oportunidad, en razón a que asistió al centro de salud de Bolivia, en el momento que tuvo los fuertes dolores en el pecho, dejando pasar un tiempo bastante largo, lo que dio lugar al infarto al miocardio, el cual dejó avanzar dando lugar a su fallecimiento, ya que cuando acudió a la centro de salud no había nada que hacer medicamente.

Frente a la condena a la Aseguradora La Previsora S.A. solicitó que se aclare lo señalado por el *a quo* en el sentido de que el máximo valor a pagar por parte de la Aseguradora por perjuicios morales, sería la suma de \$45.000.000, teniendo en cuenta que el valor asegurado

por daños extrapatrimoniales se determinó en \$50.000.000, con un deducible del 10%, es decir, la suma de \$5.000.000, para un pago máximo de \$45.000.000.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, los problemas jurídicos a resolver se centran en establecer: *¿Se probó la existencia del daño consistente en la pérdida de oportunidad sufrida por la señora MOGG y este es imputable a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios? De ser así ¿Fue acertada la orden impartida por el a quo frente a la aseguradora La Previsora S.A.?*

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del tribunal

El daño consistente en la pérdida de oportunidad padecido por la señora MOGG se encuentra acreditado y es imputable a la E.S.E. demandada, por cuanto: i) Se privó a la paciente de obtener atención de urgencias directamente por parte de un profesional médico; ii) existía una clara obligación legal por parte de la E.S.E. demandada de contar con un galeno para el manejo del servicio de urgencias que tenía habilitado en el corregimiento de Bolivia, Caldas; iii) el incumplimiento de dicha obligación legal conllevó a que la demandante no pudiese obtener la oportunidad de ser valorada adecuadamente.

Para fundamentar lo anterior y dado que el daño, consistente en las afectaciones a la salud de la señora MOGG y que el *a quo* encontró acreditado, no es objeto de controversia por la parte apelante, se hará referencia: i) al fundamento jurídico sobre la imputación; para descender al ii) análisis de la imputación en el caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - La imputación.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación, tales como la falla del servicio, el daño especial, o el riesgo excepcional, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico "*venite ad factum, iura novit curia*", que significa que se permite al Juez de

la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por los sujetos procesales³.

No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad por la prestación de servicios de salud, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por los actos u omisiones de la entidad correspondiente y el nexo causal entre estos y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el fallador pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva o morigerar dicha carga probatoria.

La imputación es la atribución fáctica y jurídica que se hace al Estado del daño antijurídico, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, el régimen común de la falla del servicio o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.⁴

2.3. Análisis sustancial del caso concreto

En cuanto a la imputación, el *a quo* le dio la razón a la parte demandante y señaló en síntesis que, el daño es atribuible a la E.S.E Hospital San Juan de Dios, por cuanto la atención de urgencias que debió haberse dado a la señora MOGG en el servicio de urgencias del centro de salud de Bolivia, tuvo que ser brindada por un médico, generándose con ello una demora en el diagnóstico y en la remisión de la paciente a una institución de mayor nivel de atención.

Los apelantes al respecto señalaron que, el daño no es imputable al E.S.E, por cuanto no se demostró que, la falta de atención por parte de un médico en el servicio de urgencias del centro de salud de Bolivia, haya sido la causa del fallecimiento de la señora MOGG pues el lapso transcurrido entre su llegada a los servicios de salud y su deceso, no permitió su remisión al centro de atención de mayor nivel que aquella requería.

Teniendo en cuenta lo anterior la Sala precisa que, el daño por pérdida de oportunidad que fuere imputado por el *a quo* a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios, no implica como lo señalan los recurrentes que se haga responsable a la accionada por el fallecimiento de la señora MOGG y que por ende deba acreditarse que su deceso resultó como una consecuencia directa de la atención brindada.

Se tiene entonces que, el daño por pérdida de oportunidad cuenta con un desarrollo jurisprudencial que dista de lo advertido por los recurrentes, en efecto, esta categoría de daño ha sido desarrollada por el Consejo de Estado bajo las siguientes líneas de intelección⁵:

“También se ha dicho que, tratándose de asuntos en los que se debate la defectuosa prestación del servicio médico, el daño no siempre consiste en la lesión física, la secuela fisiológica o la muerte del paciente, sino que también puede ocurrir que se le prive del suministro del tratamiento o cuidado disponible que mayor beneficio le pueda reportar o le otorgue las

³ Sección Tercera. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Rad: 47001233100019950398601 (16413).

⁴ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, Rad.: 24392.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 2 de junio de 2023, Consejera ponente: María Adriana Marín, Radicación: 05001-23-31-000-2011-01813-01 (60719).

mayores posibilidades de recuperación.

En este último evento, aunque tampoco existe certeza de que aunque se hubiera actuado con diligencia, el paciente se recuperaría, lo cierto es que si el centro hospitalario hubiese obrado de conformidad, es decir, con la pericia y el cuidado necesarios, no le habría hecho perder el chance o la oportunidad de sanarse⁶.

Para predicar la existencia de ese daño autónomo imputable al Estado⁷, es preciso demostrar sus elementos configurativos, esto es: i) la falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar; ii) certeza de la existencia de una oportunidad y, en relación con esta, iii) certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima.” (Subrayado y negrillas de la Sala).

Como puede verse, el daño por “pérdida de oportunidad” ha sido desarrollado como una categoría de daño autónomo que para el caso de la responsabilidad del estado por fallas del servicio médico, no encuentra su fundamento en la lesión física, la secuela fisiológica o la muerte del paciente, si no en el hecho de haber privado al paciente de las posibilidades de obtener el servicio médico que mayor beneficio le pudo generar para el manejo de sus patologías, y cuya prestación debió ser otorgada en un escenario de condiciones normales del servicio.

De conformidad con lo anterior observa la Sala que, dentro del presente asunto se acreditó que la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Pensilvania tiene habilitado un servicio de urgencias en el puesto de salud del corregimiento de Bolivia, Caldas⁸, información que igualmente se encuentra registrada en el “Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud – REPS” del ministerio de salud⁹:

En tal sentido, la historia clínica de atención brindada a la señora MOGG advierte que a las 19:10 del 21 de febrero de 2016, la “Paciente ingreso al servicio de urgencias... refiriendo dolor en el torax costado derecho...”¹⁰, por lo que no se discute que la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Pensilvania para la referida data, contaba con un servicio de urgencias habilitado en el centro de salud del corregimiento de Bolivia.

Ahora bien, tampoco es objeto de discusión que para el momento en que la señora MOGG asistió al centro de salud del corregimiento de Bolivia, el servicio de urgencias allí prestado no contaba con la presencia de un galeno, por lo cual la atención médica fue brindada por un auxiliar de enfermería que actuó según indicaciones que le fueron señaladas

⁶ **Cita de cita:** Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2011. Exp. 20.139. M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 11 de agosto de 2010, expediente No. 18593. M.P. Enrique Gil Botero. Posición reiterada por esta Subsección en sentencia del 12 de diciembre de 2022, expediente 59776. M.P. José Roberto Sáchica Méndez y Sentencia del 17 de febrero de 2023, expediente 50926.

⁷ **Cita de cita:** “la pérdida de oportunidad es un fundamento de daño autónomo, que si bien no tiene todas las características de un derecho subjetivo, autoriza a quien ha sido objeto de una lesión a su patrimonio -material o inmaterial- a demandar la respectiva reparación, la cual será proporcional al coeficiente de oportunidad que tenía y que injustificadamente perdió. Aquí el objeto de reparación no es, en sí, la ventaja esperada o el menoscabo no evitado sino, únicamente, la extinción de una expectativa legítima, esto es, la frustración de la oportunidad en sí misma, pues si el beneficio o el mal que se quería eludir estuvieran revestidos de certeza no se podría hablar del daño consistente en la pérdida de una oportunidad, sino del daño frente a un resultado cierto cuya reparación es total y no proporcional: se repara la pérdida del chance, no la pérdida del alea”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 5 de abril de 2017, Exp. 25706, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁸ Expediente digital, archivo: “04Anexos”, Fls. 39-43.

⁹ <https://prestadores.minsalud.gov.co/habilitacion/>

¹⁰ Expediente digital, archivo: “04Anexos”, Fls. 1-3.

telefónicamente por una galena ubicada en el municipio de Pensilvania, en efecto la citada historia clínica señaló:

“19:10...inicialmente se le toman signos vitales... se comenta al hospital de Pensilvania y la doctora Villanueva ordena electrocardiograma y administrar tramadol... se realizó toma de electrocardiograma y vía whatsapp se le manda fotos del mismo a la doctora ya mencionada...19:50 paciente que sigue refiriendo el mismo dolor no se nota mejoría... 20:20 paciente que continua con el dolor se comenta nuevamente y la doctora Villanueva ordena líquidos de mantenimiento... 21:00 recibo llamada de la doctora Diana Gallo gerente de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios Pensilvania quien ordena el traslado a la sede central... [suscribe] Jesús Mendoza – Auxiliar de enfermería”.

Visto lo anterior, cabe traer a colación la Resolución 2003 de 2014 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la cual se dispuso las condiciones necesarias de habilitación para los prestadores de servicios de salud:

“Artículo 1. Objeto. La presente resolución tiene por objeto definir los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, así como adoptar el Manual de Inscripción de Prestadores y Habilitación de Servicios de Salud que hace parte integral de la presente resolución.

...

MANUAL DE INSCRIPCIÓN DE PRESTADORES Y HABILITACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

2.3.2 Estándares y Criterios de Habilitación por Servicio

2.3.2.1 Todos los servicios

Los criterios definidos a continuación corresponden a aquellos que deben ser cumplidos por los prestadores para cualquier servicio objeto de habilitación que se pretenda prestar.

...

2.3.2.4 Urgencias

| Grupo | Servicio |
|-----------|--------------------------------------|
| Urgencias | Urgencias baja complejidad |
| | Urgencias mediana y alta complejidad |

| Urgencias baja complejidad | |
|-----------------------------------|---|
| Estándar | Criterio |
| Talento Humano | <u>Cuenta con:</u> - <u>Médico general</u> con certificado de formación en soporte vital avanzado. - <u>Auxiliar de Enfermería</u> con certificado de formación en soporte vital básico. |
| | <u>En zonas dispersas, disponibilidad de:</u> - <u>Médico general</u> con certificado de formación en soporte vital avanzado. - <u>Auxiliar de Enfermería</u> con certificado de formación en soporte vital básico. |

...

El proceso de verificación de las condiciones de habilitación de los servicios de salud, debe tener

en cuenta los siguientes conceptos y definiciones:

3.2.1 En Talento humano.

Cuenta con: *Estancia continúa del talento humano en un servicio, durante el tiempo que se oferte y se preste el servicio.*

Disponibilidad: *Talento humano en permanente disposición y fácil localización para hacerse presente y atender con la oportunidad requerida el evento en salud, conforme a lo definido en el estándar de procesos prioritarios, según guías y protocolos de atención sin poner en riesgo la integridad y la vida del paciente.”* (Subrayado y Subrayado en negrillas de la Sala).

De conformidad con la normativa en cita, es claro que la E.S.E. Hospital San Juan de Dios tenía la obligación de contar en el servicio de urgencias del puesto de salud del corregimiento de Bolivia, Caldas, como mínimo con un médico en disponibilidad para hacerse presente y atender en la oportunidad adecuada el evento en salud que fue requerido por la señora MOGG.

Sin embargo, según se desprende de la historia clínica de la atención allí brindada, la paciente, solo vino a ser valorada por un profesional médico cerca de 5 horas después de haber acudido a los servicios de dicha E.S.E¹¹. y únicamente cuando esta fue remitida al Hospital de Pensilvania, en el cual sí se contaba con galenos en servicio.

Se insiste entonces que, el daño por pérdida de oportunidad, no implica una determinación directa de que la referida falta de valoración por parte de un galeno oportunamente haya o no sido causa directa de la muerte del paciente, sino que consiste en el hecho mismo de que se haya privado a la señora MOGG de obtener tal servicio, para lo cual se deben analizar los elementos de esta categoría de daño autónomo, así:

i) Falta de certeza o aleatoriedad del resultado esperado, es decir, la incertidumbre respecto a si el beneficio o perjuicio se iba a recibir o evitar: como se ha señalado, es claro que la señora MOGG asistió a los servicios de salud de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Pensilvania con la expectativa legítima de ser atendida por un profesional en medicina, cuya disponibilidad en el centro de salud de Bolivia, Caldas se halla establecida como una obligación en cabeza de dicha I.P.S.

Esto configura el primer elemento del daño por pérdida de oportunidad, pues aunque no existe certeza sobre si el beneficio de la salud de la señora MOGG o evitar su fallecimiento sería obtenido al recibir una valoración por parte de un profesional en medicina, sí existe una probabilidad que de haber sido atendida en forma oportuna por este tipo de profesional, cuyo perfil académico o profesional, permitiría cuando menos un actuar diferente al que se exigiría a un auxiliar de enfermería, como el que atendió a la paciente el 21 de febrero de 2016.

Así mismo, existe un margen de aleatoriedad razonable en el desenlace que se hubiese dado en el marco de la atención en salud que fue prestada a la señora MOGG en caso de que la valoración directa por parte de un profesional en medicina se hubiese dado a la 19:10 horas del 21 de febrero de 2016 cuando la paciente acudió a los servicios médicos de urgencias de la E.S.E. demandando y no como finalmente se dio con una valoración realizada a las 23:52,

¹¹ Ver historia clínica, Expediente digital, archivo: “04Anexos”, Fl. 8.

esto es cerca de 5 horas después.

ii) Certeza de la existencia de una oportunidad: sobre este tópico, cabe señalar que la oportunidad de ser valorada por un profesional en medicina de la que fue privada la señora MOGG no se limita a una mera formalidad acerca del personal de salud que debió atender su caso, sino que como se expuso con la prueba técnica recaudada en el *sub examine* -perito médico Sebastián Sánchez Castaño¹² en síntesis, de haber estado presente un médico en el servicio de urgencias del corregimiento de Bolivia, a su sano criterio, al acudir a instrumentos como las escalas de GRACE y de TIMI en consonancia con los resultados del electrocardiograma respectivo, se hubiese podido efectuar un diagnóstico oportuno, sumado a que una patología como el “*infarto de miocardio*”, es una enfermedad catalogada como de atención urgente la cual debe ser atendida antes de 20 minutos, y que mientras más temprano, más tejido muscular del corazón es posible proteger, existiendo estudios que muestran que en 2 horas ya se ha perdido el 50% del miocardio.

En el mismo sentido se pronunció la testigo técnica Maridelma Villanueva Dávila¹³, galena que prestaba sus servicios en el Hospital de Pensilvania el 21 de febrero de 2016, y quien refirió en síntesis que, en su calidad de médico puede responder únicamente por lo que le pase al paciente en su servicio y en su presencia, ya que vía telefónica solo pueden darse recomendaciones con fundamento en las condiciones que refiere el auxiliar, empero destacando que el dolor de pecho responde a múltiples patologías y que con la mera referencia del paciente de este síntoma no puede diagnosticarse un infarto, por lo que es labor del profesional en medicina determinar a qué se debe el dolor, aunado a que la enfermedad de infarto agudo era difícil de diagnosticar y que esta debe ser verificada por un médico, ya que un auxiliar de enfermería no se encuentra capacitado para ello.

En este orden de ideas, para la Sala es evidente que sí existía una oportunidad que razonablemente esperaba recibir la paciente MOGG consistente en recibir la atención de un profesional en medicina a través de la unidad de urgencias de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios, ubicada en el corregimiento de Bolivia, Caldas, oportunidad no solo existente desde el panorama normativo por tratarse de una obligación de dicha I.P.S., sino incluso desde el punto de vista médico y que hubiese tenido una clara inferencia en el manejo de su patología como lo reseñaron tanto la prueba pericial como el testimonio técnico a los que se hizo referencia previamente.

iii) Certeza de que la posibilidad de adquirir el beneficio o evitar el perjuicio se extinguió de manera irreversible del patrimonio de la víctima: es claro que la señora MOGG no pudo obtener una atención oportuna por parte de un profesional en medicina, pues como se advirtió en precedencia esta solo puede ser obtenida cerca de 5 horas después de su llegada, posibilidad que por demás se extinguió de manera irreversible con el fallecimiento de aquella.

2.4. Conclusión

La Sala halla respuesta afirmativa al problema jurídico planteado en tanto se generó un daño consistente en la pérdida de oportunidad sufrida por la señora MOGG, pues existía una clara obligación legal por parte de la E.S.E. demandada de contar con un galeno para el manejo del servicio de urgencias que tenía habilitado en el corregimiento de Bolivia,

¹² Expediente digital, archivo “90AudienciaPruebasParte”, minuto 09:30 y s.s.

¹³ Expediente digital, archivo “92AudienciaPruebasParte”, minuto 01:00 y s.s.

Caldas y el incumplimiento de dicha obligación legal conllevó a que la demandante no pudiese ser valorada adecuadamente en forma oportuna.

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por las apelantes y en este aspecto será confirmada la sentencia.

3. Segundo problema jurídico *¿Fue acertada la orden impartida por el a quo frente a la aseguradora La Previsora S.A.?*

3.1. Tesis del tribunal

Resulta pertinente modificar la orden impartida por el *a quo* para dar claridad en el sentido de que el pago con el que debe concurrir la aseguradora La Previsora S.A. asciende como máximo al valor indicado en la póliza por concepto de daños extrapatrimoniales.

3.2. Responsabilidad de la llamada en garantía en el caso concreto

Como se advirtió por el *a quo* la situación por la cual se impuso responsabilidad en el presente asunto a la E.S.E. Hospital San Juan de Dios, se encuentra amparada por la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1003591 expedida por La Previsora S.A., sin embargo, como lo fundamentó dicha llamada en garantía en su alzada, la sentencia recurrida limitó el señalamiento acerca de la responsabilidad de dicha aseguradora en forma genérica "*hasta el monto del valor asegurado*", sin embargo, atendiendo a que dicha póliza advierte diferentes amparos y valores asegurados, la Sala estima necesario modificar la orden impartida sobre el particular, según se pasa a exponer:

La póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1003591 y que fue base del llamamiento en garantía advierte que, ampara un valor expreso para el caso de "*DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES*" por valor de \$50.000.000, cobertura sujeta al pago de un deducible del 10% sin que sea inferior a \$3.500.000.

En tal sentido, advertido que la condena impuesta por la sentencia recurrida recae precisamente sobre este tipo de perjuicio, esto es, por concepto de perjuicios morales, se hace necesario modificar el ordinal séptimo del fallo recurrido¹⁴ para en su lugar, advertir en forma expresa que, el valor que deberá ser asumido por la llamada en garantía se extiende únicamente hasta el valor amparado por concepto de "*DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES*", esto es, \$ 50.000.000, previo pago del deducible pactado en dicha póliza.

4. Costas

No habrá condena en costas por no haber sido impuestas en primera instancia y no ser objeto de apelación, además de no encontrarse acreditada su causación en esta instancia. Lo anterior, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 y el artículo 365 del CGP (Código General del Proceso).

¹⁴ Cuyo contenido expreso señaló: "**SÉPTIMO: LA PREVISORA SEGUROS S.A.**, deberá asumir el pago de la condena aquí impuesta en atención a la póliza de seguros suscrita entre ésta y el hospital demandado, ello hasta la concurrencia del valor asegurado y previo al pago del deducible a cargo de la entidad asegurada, conforme a lo expuesto."

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

SENTENCIA

Primero: Modificar el ordinal 7° de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa formularon Jeimi Yolanda Osorio Gutiérrez y otros contra la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Pensilvania y Asmet Salud E.P.S. el cual quedará así:

“SÉPTIMO: LA PREVISORA SEGUROS S.A., deberá asumir el pago de la condena aquí impuesta en atención a la póliza de seguros suscrita entre ésta y el hospital demandado, ello hasta el valor amparado por concepto de caso de “DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES”, esto es, \$ 50.000.000 y previo al pago del deducible a cargo de la entidad asegurada.”

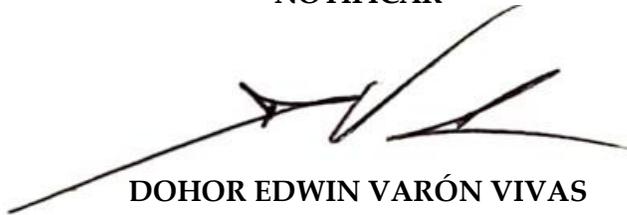
Segundo: Confirmar en lo demás el fallo recurrido.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, se ordena devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 44 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 159

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

Radicado: 17-001-33-33-004-2017-00109-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Pedro Luis Arenas Escobar
Demandado: Unidad Administrativa De Gestión Pensional - UGPP

Se decide el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 010037 del 04 de marzo de 2016 y RDP 024399 del 30 de junio de 2016, por medio de la cual le fue resuelto el recurso de apelación, confirmando la decisión de primera instancia.

A título de restablecimiento del derecho, se reconozca y pague, en favor del demandante, la pensión de retiro por vejez a que tiene derecho a partir del 14 de diciembre de 2006, fecha en la cual cumplió 65 años; liquidar y pagar los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que las sumas reconocidas por concepto de mesadas pensionales sean debidamente indexadas.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el accionante nació el 14 de diciembre de 1941, que prestó sus servicios como docente en el Departamento de Caldas y en el Fondo Educativo Regional de Caldas- FER, así: 1. Para el Departamento de Caldas como educador: - Del 1 de marzo de 1962 al 30 de abril de 1963. - Del 1 de abril de 1965 al 31 de diciembre de 1965. - Del 16 de febrero de 1966 al 31 de diciembre de 1976 2. Para el FER laboró: - Del 01 de enero de 1977 hasta el 22 de julio de 1979.

Que durante los anteriores periodos se realizaron algunos aportes a Cajanal; para el 1 de abril de 1994, el accionante contaba con más de 40 años de edad, por lo cual es beneficiario del Régimen de Transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Que cuenta con más de 65 años de edad y no cuenta con ningún medio de subsistencia para llevar una vida digna, además de que se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Que al cumplir los requisitos para la pensión de retiro por vejez de que trata el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968, presentó reclamación administrativa y la UGPP dio respuesta negativa por medio de los actos administrativos que se demandan.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Indicó como vulnerados, los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 2400 de 1968 y la Ley 100 de 1993 artículos 36 y 141.

Expuso que, la entidad al momento de proferir la resolución que negó la pensión no tuvo en cuenta que es una persona de la tercera edad, pues en la actualidad tiene 74 años de edad, que no posee ingresos ni sustento alguno que le permita llevar una vida congrua y por consiguiente es un sujeto de especial protección y solo se limitó a decir que al momento de ser retirada del servicio no contaba con 65 años de edad, sin darle aplicación al principio de favorabilidad y al criterio auxiliar de equidad que rigen en muchos campos, especialmente en materia pensional.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La UGPP se opuso a las pretensiones del demandante, aceptó como ciertos los hechos referentes a la fecha de nacimiento y la expedición del acto administrativo demandado y señaló como no ciertos los demás.

En su defensa señaló que, la pensión de retiro de vejez se da en aquellos casos en que el trabajador oficial o el empleado público hayan cumplido la edad de 65 años en la prestación del servicio, y no cuente con los demás requisitos para acceder a la pensión, y en este caso se observa que, el demandante adquirió los 65 años de edad el 14 de diciembre de 2006, y teniendo en cuenta los tiempos de servicio desempeñados laboró hasta el 22 de julio de 1979, fecha para la cual contaba con tan solo 37 años de edad, de lo que se deduce que el motivo del retiro del servicio no fue el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Indica que al entrar en vigencia el 1 de abril de 1994 la Ley 100 de 1993, no incluyó esta pensión de vejez por retiro del funcionario en razón de haber llegado a la edad de 65 años (retiro forzoso), solo estableció la pensión de vejez asimilándola a la jubilación, pues se refiere a la pensión de vejez o jubilación que se otorga previo el cumplimiento de dos condiciones: la edad establecida en la ley y el tiempo de semanas cotizadas, condición que no cumple el señor Arenas Escobar.

Con fundamento en lo anterior formuló la excepción de: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO"*; *"BUENA FE"*; *"IRRETROACTIVIDAD"* Y *"PRESCRIPCIÓN"*.

2. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO"* Y *"BUENA FE"*, propuestas por la parte demandada y negó las pretensiones del demandante.

Para ello señaló que, al accionante lo gobernaban las normas anteriores a la Ley 33 de 1985 en virtud que al momento de entrada en vigencia éste llevaba más de 15 años laborando como docente; por lo que resultan en principio aplicables el Decreto 3135 de 1968 y su Decreto reglamentario 1848 de 1969, que contempla la pensión por retiro injusto y retiro

voluntario, como es el caso del demandante, quien laboró por 15 años posterior a los cuales se retiró del servicio.

Que se pudo verificar que el accionante prestó sus servicios al sector público Departamental, como docente de primaria, en calidad de empleado público, por lo que no le es aplicable la normatividad de reconocimiento de pensión de retiro voluntario contenida en el numeral 3° del artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, pues solo opera para los trabajadores oficiales; siendo aplicable al mismo la Ley 6 de 1945.

Que igualmente se observa que, para el caso del demandante tampoco puede acogerse al contenido del artículo 81 del Decreto 1848 de 1969, que se refiere a la pensión por retiro del servicio por haber cumplido 65 años de edad, pues pese haber cumplido 65 años de edad, para la fecha de la reclamación en sede administrativa, el accionante, para el 22 de julio de 1979 (fecha de la última prestación de servicio) tenía 37 años de edad; sumado a lo anterior, la improcedencia de la aplicación normativa por tratarse de un empleado público.

4. Apelación

El demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones toda vez que, era docente con vinculación territorial y que trabajó ininterrumpidamente por más de 15 años y que a la fecha de retiro del servicio tenía más de 37 años de edad.

Adujo además que, con la decisión se está desconociendo el precedente jurisprudencial que ha otorgado la pensión de retiro por vejez, conforme al artículo 29 de Decreto 3135 de 1969, en casos similares; para lo cual citó entre otros, apartes de la sentencia del 16 de mayo de 2019 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Radicación: 08001-23-33-000-2013-00877-01(1846-15); “Expediente No. 73001-23-31-000—2002-00720—01(5116-05), actor: Lucrecia Pinzón Neira. M.p. Ana Margarita Olaya”; “Expediente No. 1108—02, actor: Guillermo Enrique Calderón Barros”; “Expediente N° 25000 23 25 000 1999 06034 01 (4109-04), actor: Rafael Suárez Pineda, Sentencia del 26 de octubre de 2006. M.P. Jaime Moreno García”.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la demanda y su contestación, el asunto se centra en establecer: *¿Al demandante le asiste el derecho a la pensión de retiro por vejez, consagrada en el artículo 29 de Decreto 3135 de 1969?*

Teniendo en cuenta que no es objeto de apelación que el accionante es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y que además le son aplicables las normas anteriores a la Ley 33 de 1985 en virtud que, al momento de entrada en vigencia, éste llevaba más de 15 años laborando como docente, la Sala realizará el estudio de los siguientes tópicos: i) la pensión de retiro por vejez; ii) los hechos probados y iii) el caso concreto.

2. Pensión de retiro por vejez

La edad de retiro forzoso constituye una causal de retiro del servicio para los servidores públicos, pues así lo establecen los artículos 122 del Decreto 1950 de 1973, 41 literal g) de la Ley 909 de 2004 y 2.2.6.1.5.3.13. del Decreto 1069 de 2015. Esta fue fijada inicialmente en el artículo

31 del Decreto Ley 2400 de 1968 en un límite de 65 años de edad (la Ley 1821 de 2016 la aumentó a 70) en los siguientes términos:

“Artículo 31.- Todo empleado que cumpla la edad de sesenta y cinco (65) años será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo a lo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

Exceptúense de esta disposición los empleos señalados por el inciso 2º del artículo 29 de este decreto”.

Como se advierte, la norma citada, además de fijar la edad de retiro forzoso, consagró un derecho para los servidores públicos retirados por alcanzarla, y que no hubiesen completado los requisitos para obtener la pensión de jubilación, a adquirir una pensión por retiro forzoso de servicio.

Igualmente, el Decreto-Ley 3135 de 1968, por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales, disponía:

“ARTÍCULO 29. Pensión de retiro por vejez. A partir de la vigencia del presente Decreto, el empleado público o trabajador oficial que sea retirado del servicio por haber cumplido la edad de 65 años y no reúna los requisitos necesarios para tener derecho a pensión de jubilación o invalidez, tendrá derecho a una pensión de retiro por vejez, pagadera por la respectiva entidad de previsión equivalente al veinte por ciento (20%) de su último sueldo devengado, y un dos por ciento (2%) más por cada año de servicios, siempre que carezca de recursos para su congrua subsistencia. Esta pensión podrá ser inferior al mínimo legal.”

El Decreto 1868 de 1969, reglamentario de la norma transcrita, precisó:

“Artículo 81º.- Derecho a la pensión. 1. Todo empleado oficial que conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, sea retirado del servicio por haber cumplido sesenta y cinco (65) años de edad, sin contar con el tiempo de servicio necesario para gozar de pensión de jubilación, ni hallarse en situación de invalidez, tiene derecho a pensión de retiro por vejez, siempre que carezca de medios propios para su congrua subsistencia, conforme a su posición social...”

De modo que, la legislación anterior a la Ley 100 de 1993, tenía prevista una prestación excepcional -la pensión de retiro por vejez-, en aquellos casos en los cuales el trabajador avanzaba a la edad de retiro forzoso y por lo mismo le era imposible continuar cotizando para pensiones. La pensión de vejez excepcional tiene por objeto garantizar el mínimo vital de quien alcanza la edad del retiro forzoso¹.

3. Lo probado en el proceso

- El demandante nació el 14 de diciembre de 1941, por lo que cumplió 65 años el 14 de diciembre de 2006.

- De acuerdo a los formatos de certificado de información laboral² y certificado laboral del

¹ Sentencia T-631/16

² FL 17-32. A.D. 05

Departamento de Caldas³ y la Resolución RDP 010037 del 04 de marzo de 2016⁴, el accionante prestó los siguientes tiempos de servicios, para un total de 5.527 días correspondientes a 789 semanas:

| ENTIDAD LABORO | DESDE (AAAA/MM/DD) | HASTA (AAAA/MM/DD) | NOVEDAD | DIAS |
|-------------------|-----------------------|-----------------------|-----------------|------|
| DPTO CALDAS | 19620301 | 19630430 | TIEMPO SERVICIO | 420 |
| SEC EDU RISARALDA | 19650401 | 19651230 | TIEMPO SERVICIO | 270 |
| DPTO CALDAS | 19660216 | 19670130 | TIEMPO SERVICIO | 345 |
| DPTO CALDAS | 19670201 | 19761230 | TIEMPO SERVICIO | 357 |
| DPTO CALDAS | 19770101 | 19790722 | TIEMPO SERVICIO | 922 |

- El demandante el 29 de octubre de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez de que trata el artículo 29 del Decreto 3135 de 1968⁵.
- Mediante Resolución RDP 010037 del 4 de marzo de 2016⁶ la UGPP negó lo solicitado por el accionante, lo cual fue confirmado mediante Resolución RDP 024399 del 30 de junio de 2016⁷ por medio de la cual le fue resuelto el recurso de apelación.

4. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo al marco jurídico expuesto, el artículo 29 del Decreto-Ley 3135 de 1968, reglamentado por el artículo 81 del Decreto 1868 de 1969 contempla una pensión excepcional de vejez, para lo cual se exige como requisitos necesarios y concurrentes: (i) que la persona interesada llegue o haya llegado a la **edad de retiro forzoso dentro del servicio**, (ii) **sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación o invalidez**.

De acuerdo a los hechos acreditados, se evidencia que, el accionante laboró hasta el 22 de julio de 1979, fecha para la cual contaba con 37 años de edad, de lo cual se infiere que, el motivo del retiro del servicio no fue el cumplimiento de la edad de retiro forzoso.

Además, se tiene que, el accionante cumplió los 65 años de edad, el 14 de diciembre de 2006, esto son, 25 años después de su último día laborado; por lo tanto, es claro que no se cumple el primer requisito señalado para el reconocimiento de la pensión de retiro por vejez contemplada en el artículo 29 del Decreto-Ley 3135 de 1968.

Sobre el cumplimiento de este requisito, el Consejo de Estado, en una de las sentencias citadas por el accionante⁸, aunque refiriéndose a la pensión excepcional de retiro por vejez, del régimen de seguridad y protección social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público, señaló:

“Tampoco, se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 10 de la Ley 546 de 1971⁹, para acceder

³ FL 33-43. A.D. 05

⁴ FL 9-11. A.D. 05

⁵ FL 1-4. A.D. 05

⁶ FL 9-11. A.D. 05

⁷ FL 13-17. A.D. 05

⁸ sentencia del 16 de mayo de 2019 del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P.: César Palomino Cortés, Radicación: 08001-23-33-000-2013-00877-01(1846-15)

⁹ “Artículo 10. Los funcionarios a que se refiere este Decreto, que lleguen o hayan llegado a la edad de retiro forzoso dentro del servicio judicial o del Ministerio Público, sin reunir los requisitos exigidos para una pensión ordinaria de jubilación, pero habiendo servido no menos de 5 años continuos en tales actividades, tendrán derecho a una pensión de vejez equivalente a un 25% del último sueldo devengado, más un 2% por cada año de servicio.”

*a la pensión de retiro por vejez, pues si bien es cierto se encuentra demostrado que el tiempo servido por la señora Julia a la Rama Judicial fue de 7 años, 5 meses y 14 días, no lo es menos que la norma exige, para acceder a la prestación que el servidor “llegue a la edad de **retiro forzoso dentro del servicio judicial** o del Ministerio Público”, no en cualquier momento o en vigencia de la Ley 100 de 1993.*

En el subexamine, al 17 de julio de 1984, último día acreditado como laborado, la señora Juliao Quiroz, calendaba por la edad de 37 años, 11 meses y 2 días, no se encontraba impedida para continuar cotizando para efectos pensionales, por el contrario con plena fuerza laboral.

*La señora Julio cumplió los 65 años de edad el 11 de agosto de 2014 (antes de la Ley 1821 de 2016), esto son, **30 años después de su último día laborado con la Rama Judicial**, luego en las condiciones descritas, pretender beneficiarse de la previsión consagrada en el artículo 10 del Decreto Ley 546 de 1971 y el artículo 36 de la Ley 1993, **resulta irracional y desproporcionado al objetivo de las normas que consagraban la pensión de retiro por vejez**”. (Se resalta)*

Y en sentencia del 25 de noviembre de 2021¹⁰ si bien reconoció la aludida pensión a pesar de que el retiro del servicio no fue por razón de la edad, tuvo en cuenta que el accionante fue separado del servicio muy cerca a la fecha en que cumpliría la edad de retiro forzoso, condición que tampoco se cumple en el presente asunto:

“La separación del servicio del señor Delgado Parra a la que se alude se realizó en un tiempo muy cerca a que cumpliera la edad de retiro forzoso, lo que le impedía completar el tiempo de servicio requerido para obtener la pensión de jubilación. En efecto, cuando se emitió el Decreto 101 del 29 de marzo de 2010 el señor Delgado Parra contaba con 64 años y 8 meses de edad, ya que nació el 15 de julio de 1945.

*De este modo, es claro que al señor Delgado Parra, en razón de su edad, le resultaba casi imposible vincularse de nuevo con el sector público, en virtud de la prohibición contenida en el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968 y, en consecuencia, no iba a completar el tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación en el sector público, **pues tres meses después llegaría a la edad de retiro forzoso, 65 años**”. (Se resalta)*

5. Conclusión

Por lo tanto se concluye que, si bien el demandante cumple los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición, no cumple con los establecidos en el artículo 29 del Decreto-Ley 3135 de 1968, reglamentado por el artículo 81 del Decreto 1868 de 1969 para adquirir una pensión de vejez por retiro forzoso, pues cumplió los 65 años de edad, 25 años después de su último día laborado.

Por las consideraciones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada.

6. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”. Siendo así, teniendo en cuenta que en

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia del 25 de noviembre de 2021. Radicación: 76001 23 33 000 2014 00050 01 (1616-2019)

el trámite no se observa que se hayan causado, y que las pretensiones de la demandante estaban basadas en la jurisprudencia del Consejo de Estado vigente para ese momento, esta Sala no condenará en condena en costas a la parte vencida.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2022 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Pedro Luis Arenas Escobar contra la Unidad Administrativa De Gestión Pensional - UGPP.

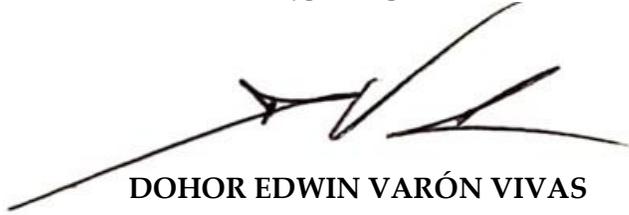
Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa “*Justicia Siglo XXI*”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 44 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-39-007-2018-00106-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 317

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión de los recursos de apelación interpuestos y sustentados en forma oportuna por **ambos extremos procesales**, contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **MARÍA CECILIA PERENGUEZ DE LA CRUZ Y OTROS** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedentes, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrán de admitirse los recursos de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTENSE los recursos de apelación interpuestos y sustentados en forma oportuna por **ambos extremos procesales**, contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN**

¹ Ley 1437 de 2011.

DIRECTA promovido por la señora **MARÍA CECILIA PERENGUEZ DE LA CRUZ Y OTROS** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-007-2021-00202-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 322

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **HÉCTOR ANDRÉS MAZO HURTADO** contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 7º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **HÉCTOR ANDRÉS**

¹ Ley 1437 de 2011.

MAZO HURTADO contra la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES - CREMIL.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00014-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 316

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ANDRÉS FELIPE BERMÚDEZ MONTOYA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ANDRÉS FELIPE**

¹ Ley 1437 de 2011.

BERMÚDEZ MONTOYA contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**
y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00076-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 319

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JHON FREDY CASTAÑEDA CASTRO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JHON FREDY**

¹ Ley 1437 de 2011.

CASTAÑEDA CASTRO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00109-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 324

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LILIANA REINOSA RAMÍREZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **LILIANA**

¹ Ley 1437 de 2011.

REINOSA RAMÍREZ contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00118-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 323

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **GEIMAR ALONSO VALENCIA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **GEIMAR ALONSO**

¹ Ley 1437 de 2011.

VALENCIA contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 156

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

Radicado: 17001-33-33-006-2022-00147-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Nataly González Quintero
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-650 del 12 de octubre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de

la Nación y ambos términos fueron rebasados.

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas los artículos 13 y 53 de la Constitución; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 99 de la Ley 50 de 1990; 57 de la Ley 1955 de 2019; 1° de la Ley 52 de 1975; 13 de la Ley 344 de 1996; 5° de la Ley 432 de 1998; 3° del Decreto 1176 de 1991; 1 y 2 del Decreto 582 de 1998.

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

Que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones del demandante para lo cual señaló que, la aplicabilidad de la Ley 50 de 1999, es completamente imposible, puesto que es incompatible con la calidad que ostenta el Fomag, ya que el mismo no ostenta ni la calidad de empleador, como para requerírsele el pago, ni la calidad de fondo privado de cesantías, como para que se le aplique la norma solicitada por el demandante conforme lo establece el Decreto 3752 de 2003.

Que al encontrarse que año a año se hace un descuento de las cesantías desde el presupuesto general de la Nación y de los fondos especificados por la Ley, no puede predicarse que no se consignen las cesantías a tiempo. A la larga, ¿Cómo va a saber el docente que sus cesantías no fueron consignadas? Si no posee una cuenta individual dentro del Fomag? Que todo esto demuestra una imposibilidad operativa dentro de la demanda, donde no es posible demostrar el hecho generador de la sanción que vendría siendo la consignación extemporánea de las cesantías.

En relación con los intereses a las cesantías señaló que, los docentes los reciben en alguna de las fechas estipuladas por Acuerdo interno del Fondo, y aprobado por la ley. Que de

acuerdo el certificado allegado con la contestación de la demanda, se puede dar fe que al docente se les pagaron los intereses a las cesantías.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

Que el Departamento cumplió con todos los presupuestos normativos establecidos sin incidir su actuar en un eventual retardo del pago, por tanto, su conducta no es imputable como causación de la mora por el pago.

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

Propuso como excepciones *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*; *“BUENA FE”*, e *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

La parte demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el Consejo de Estado, en sentencia de 03 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fomag, no importa si no existe una cuenta individual a nombre del docente, lo importante es su consignación, para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además de recalcar que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los 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.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Que los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fomag, razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el

artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975 señaló que, sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975, hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignarlas cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* - *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. - *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. - *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. - *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. - *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”*.

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido 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, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?*

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el marco jurídico que regula el auxilio de cesantías en la labor docente y la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías ii) los hechos acreditados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12¹ y 17² dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

¹ Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

² Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...)"

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariares, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”*.

Hasta ese momento, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

En el numeral 3º del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías a favor del personal docente en dos condiciones, a saber:

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

(...)

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

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de *“los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”*.

³ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

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

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

Artículo 2º. Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

Las prestaciones sociales de los docentes, causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

Artículo 7º. 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 8º del presente decreto.

Artículo 8º. 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

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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 1º. 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 2º. 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 9º. 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 8º 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 8º 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 1º. 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 2º. 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 1º. 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". (Destaca la Sala)

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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.

...

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...".

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 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 que:

"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”.

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- 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***

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)”.

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

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

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

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

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁷ “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”.

***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”.*

El Consejo de Estado⁸ había considerado 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, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo -**que no estaba afiliado al Fomag**-, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de

⁸ 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)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² 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)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

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

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente

¹⁴ 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)

territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$2.886.329, e intereses a las cesantías por \$236.835, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-650 de 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por

¹⁵ F. 75-76 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 62-64 Archivo digital: 02

¹⁷ F. 57 Archivo digital: 02

no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“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.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

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 1989¹⁹.

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.)

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

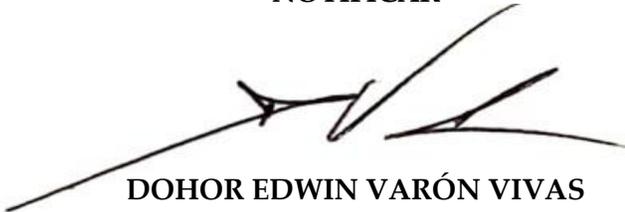
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 24 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Nataly González Quintero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 44 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 147

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

Radicado: 17001-33-33-006-2022-00149-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Claudia Patricia Betancur Pineda
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-775 del 12 de octubre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de

la Nación y ambos términos fueron rebasados.

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas los artículos 13 y 53 de la Constitución; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 99 de la Ley 50 de 1990; 57 de la Ley 1955 de 2019; 1° de la Ley 52 de 1975; 13 de la Ley 344 de 1996; 5° de la Ley 432 de 1998; 3° del Decreto 1176 de 1991; 1 y 2 del Decreto 582 de 1998.

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

Que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones del demandante para lo cual señaló que, la aplicabilidad de la Ley 50 de 1999, es completamente imposible, puesto que es incompatible con la calidad que ostenta el Fomag, ya que el mismo no ostenta ni la calidad de empleador, como para requerírsele el pago, ni la calidad de fondo privado de cesantías, como para que se le aplique la norma solicitada por el demandante conforme lo establece el Decreto 3752 de 2003.

Que al encontrarse que año a año se hace un descuento de las cesantías desde el presupuesto general de la Nación y de los fondos especificados por la Ley, no puede predicarse que no se consignen las cesantías a tiempo. A la larga, ¿Cómo va a saber el docente que sus cesantías no fueron consignadas? Si no posee una cuenta individual dentro del Fomag? Que todo esto demuestra una imposibilidad operativa dentro de la demanda, donde no es posible demostrar el hecho generador de la sanción que vendría siendo la consignación extemporánea de las cesantías.

En relación con los intereses a las cesantías señaló que, los docentes los reciben en alguna de las fechas estipuladas por Acuerdo interno del Fondo, y aprobado por la ley. Que de

acuerdo el certificado allegado con la contestación de la demanda, se puede dar fe que al docente se les pagaron los intereses a las cesantías.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 serán afiliados al Fomag cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la misma ley 50 de 1990.

Que el Departamento cumplió con todos los presupuestos normativos establecidos sin incidir su actuar en un eventual retardo del pago, por tanto, su conducta no es imputable como causación de la mora por el pago.

En materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a Fomag son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

Propuso como excepciones *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*; *“BUENA FE”*, e *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

La parte demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el Consejo de Estado, en sentencia de 03 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fomag, no importa si no existe una cuenta individual a nombre del docente, lo importante es su consignación, para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además de recalcar que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los 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.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Que los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fomag, razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el

artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975 señaló que, sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975, hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. – *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. – *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”*.

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido 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, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?*

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el marco jurídico que regula el auxilio de cesantías en la labor docente y la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías ii) los hechos acreditados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12¹ y 17² dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

¹ Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

² Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...)"

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”*.

Hasta ese momento, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

En el numeral 3º del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías a favor del personal docente en dos condiciones, a saber:

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

(...)

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

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de *“los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”*.

³ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

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

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

Artículo 2º. Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

Las prestaciones sociales de los docentes, causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

Artículo 7º. 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 8º del presente decreto.

Artículo 8º. 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

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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 1º. 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 2º. 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 9º. 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 8º 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 8º 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 1º. 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 2º. 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 1º. 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". (Destaca la Sala)

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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.

...

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..."

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 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 que:

"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”.

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- 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***

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)”.

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

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

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

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

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

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

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

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

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁷ “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”.

***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”.*

El Consejo de Estado⁸ había considerado 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, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de

⁸ 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)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² 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)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

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

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente

¹⁴ 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)

territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$4.443.674, e intereses a las cesantías por \$623.562, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 29 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-775 de 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por

¹⁵ F. 74-76 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 61-63 Archivo digital: 02

¹⁷ F. 56 Archivo digital: 02

no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“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.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, precisó:

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

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

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 1989¹⁹.

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.)

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

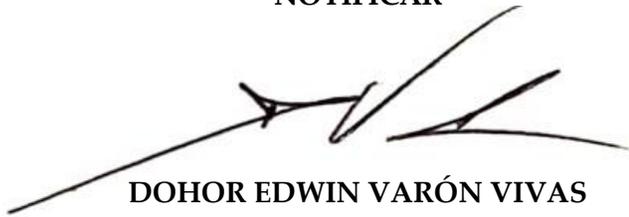
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 22 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Claudia Patricia Betancur Pineda contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 44 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-39-006-2022-00164-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 320

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **LUIS ALBERTO RAMÍREZ RESTREPO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **LUIS ALBERTO**

¹ Ley 1437 de 2011.

RAMÍREZ RESTREPO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-33-001-2022-00170-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 315

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MÓNICA ANDREA GONZÁLEZ SALGADO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 1º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MÓNICA ANDREA**

¹ Ley 1437 de 2011.

GONZÁLEZ SALGADO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**
y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es "sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co" Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00174-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

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

A.I. 321

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SORAYDA BUITRAGO MOLANO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SORAYDA**

¹ Ley 1437 de 2011.

BUITRAGO MOLANO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es “sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co” Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 158

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

Radicado: 17001-33-33-006-2022-00329-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Hugo Nelson Ramírez Cárdenas
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

Se decide el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 28 de octubre del 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 28 de julio de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de la Nación y ambos términos fueron rebasados.

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas los artículos 13 y 53 de la Constitución; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 99 de la Ley 50 de 1990; 57 de la Ley 1955 de 2019; 1° de la Ley 52 de 1975; 13 de la Ley 344 de 1996; 5° de la Ley 432 de 1998; 3° del Decreto 1176 de 1991; 1 y 2 del Decreto 582 de 1998.

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes directamente al docente y la consignación de las cesantías en el Fomag, en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

Que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones del demandante para lo cual señaló que, la aplicabilidad de la Ley 50 de 1999, es completamente imposible, puesto que es incompatible con la calidad que ostenta el Fomag, ya que el mismo no ostenta ni la calidad de empleador, como para requerírsele el pago, ni la calidad de fondo privado de cesantías, como para que se le aplique la norma solicitada por el demandante conforme lo establece el Decreto 3752 de 2003.

Que al encontrarse que año a año se hace un descuento de las cesantías desde el presupuesto general de la Nación y de los fondos especificados por la Ley, no puede predicarse que no se consignen las cesantías a tiempo. A la larga, ¿Cómo va a saber el docente que sus cesantías no fueron consignadas? Si no posee una cuenta individual dentro del Fomag? Que todo esto demuestra una imposibilidad operativa dentro de la demanda, donde no es posible demostrar el hecho generador de la sanción que vendría siendo la consignación extemporánea de las cesantías.

En relación con los intereses a las cesantías señaló que, los docentes los reciben en alguna de las fechas estipuladas por Acuerdo interno del Fondo, y aprobado por la ley. Que de acuerdo el certificado allegado con la contestación de la demanda, se puede dar fe que al docente se les pagaron los intereses a las cesantías.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*.

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, como lo establece el marco jurídico vigente contenido en la Ley 1071 de 2006, Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005, el Decreto Único Reglamentario del sector Educativo, 1075 de 2015 y el Decreto 1272 de 2018 que lo modifica; el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por concepto de Cesantías de los educadores estatales es una carga jurídica que le corresponde a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que cumple a través de la Cuenta Especial denominada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados por la Sociedad Fiduciaria Fiduprevisora .S.A, ante quien las Secretarías de Educación de las entidades territoriales cumplen funciones de simple trámite.

Que, tal como lo evidencia del nombramiento y acta de posesión, el accionante tomó posesión del cargo en 2011, por lo que se encuentra sometido al régimen anualizado de las cesantías, de acuerdo a lo dispuesto por la ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de esta ley, y conforme a lo dispuesto en la ley 344 de 1996, quienes se incorporen a partir del 01 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, se regularán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, cuyo sistema de liquidación es anualizado.

Que de las pretensiones del accionante se colige que quiere dar aplicabilidad a la Ley 50 de 1990 frente a la sanción mora de los intereses a las cesantías. Si bien en principio los destinatarios de esta Ley eran los particulares, y posteriormente fueron aplicándose dichas reglas a los servidores públicos del orden nacional y territorial; no se extendió a los docentes, dado que ya se encontraba vigente la Ley 91 d 1989, que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso como excepciones *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO Y COBRO DE LO NO DEBIDO”*; *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*; *“ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE”*; *“CUMPLIMIENTO DE LAS DIRECTRICES OTORGADAS POR EL FOMAG A LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN - MUNICIPIO DE MANIZALES PARA EL PROCESO DEMANDADO”* Y *“PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada la excepción de *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO Y COBRO DE LO NO DEBIDO”* propuestas por el municipio de Manizales e *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”* propuesta por la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

La parte demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el Consejo de Estado, en sentencia de 03 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fomag, no importa si no existe una cuenta individual a nombre del docente, lo importante es su consignación, para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además de recalcar que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica que al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los 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.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Que los docentes pertenezcan a un *“régimen especial”*, no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fomag, razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, pues, es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación,

puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975 señaló que, sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975, hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignarlas cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. – *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. – *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”*.

Concluye que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fomag, han excedido 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, la cual se encuentra vigente.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por*

mora por la no consignación oportuna de las cesantías, establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

2. Tesis del tribunal

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el marco jurídico que regula el auxilio de cesantías en la labor docente y la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías ii) los hechos acreditados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12¹ y 17² dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”*.

Hasta ese momento, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones

¹ Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

² Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...).

Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

En el numeral 3º del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías a favor del personal docente en dos condiciones, a saber:

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

(...)

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

La Ley 812 de 2003³, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

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

³ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

⁴ “Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

Artículo 2º. Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

Las prestaciones sociales de los docentes, causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

Artículo 7º. 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 8º del presente decreto.

Artículo 8º. 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 1º. 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 2º. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos previsionales 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 9º. 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 8º 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". (Destaca la Sala)

De acuerdo con lo anterior, propiamente no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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.

...

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...”.

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 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 que:

“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”.

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley

⁵ “*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*”.

50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- 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 (...).”

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

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

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

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

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

Parágrafo. - En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

***Artículo 5°. 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”.*

El Consejo de Estado⁸ había considerado 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, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de

⁷ “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”.

⁸ 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)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² 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)

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“La Ley 812 de 2003, por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de «los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley».

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

Artículo 1. ...

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

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucia hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁴ 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)

Además, la sanción mora regulada en la Ley 50 de 1990 artículo 99, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

Así se colige que, las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$6.778.929, e intereses a las cesantías por \$909.747, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 28 de julio de 2021 solicitó al Fomag y a la Secretaría de Educación Territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.¹⁶

5. Análisis del caso concreto

El demandante en síntesis afirma que tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020, en el respectivo Fondo Prestacional, así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, el demandante es docente afiliado al Fomag, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el

¹⁵ F. 19 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 1-4 Archivo digital: 02

no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“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.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990: tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁷, precisó:

“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*

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*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 1989¹⁸.*

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.)

6. Conclusión

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, el demandante es docente afiliado al Fomag, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020, se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por el demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

En consecuencia, al no prosperar los argumentos expuestos por la parte demandante, se confirmará la sentencia apelada, que negó sus pretensiones.

7. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 3 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Hugo Nelson Ramírez Cárdenas contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

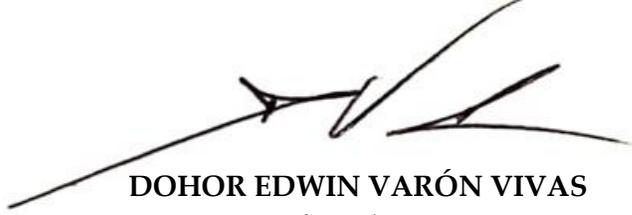
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 44 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SECRETARÍA**

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

Informando a la señora Conjuez **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** que el proceso identificado en la referencia, fue allegado procedente del H. Consejo de Estado, con decisión que resolvió la apelación de la sentencia de 1º instancia, proferida por la Sala de Conjueces del Tribunal Administrativo de Caldas el 8 de abril de 2019.

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-SALA DE CONJUCES-**

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

De conformidad con la providencia emitida por el H. Consejo de Estado que resolvió el recurso de alzada que contra la decisión primaria impetró la demandada **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Estese a lo resuelto por el Consejo de Estado en *Sentencia de 11 de abril de 2023* (fl. 184 a 194 C.1), que modificó el fallo de primera instancia emitido por la Sala de Conjueces el pasado *8 de abril de 2019* (fl. 178 a 188 C1) y en consecuencia ordénese el archivo del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA
Conjuez

17001333300220170005103

Nulidad y restablecimiento del derecho

Beatriz Helena Morales Rojas Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 294

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

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

El pasado 15 de marzo de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 12 de marzo de 2020 por la Conjuez Dra. Liliana Eugenia García Maya en cabeza del Juzgado 2° Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 12 de diciembre de 2019. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 14 de julio de 2020. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 12 de marzo de 2020* y emitida por el *Juzgado 2° Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Beatriz Helena Morales Rojas*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tomás Felipe Mora Gómez', written over a white background.

TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ
Conjuez

17001333900620190009903

Nulidad y restablecimiento del derecho

Blanca Nubia Pérez Henao Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 295

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

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

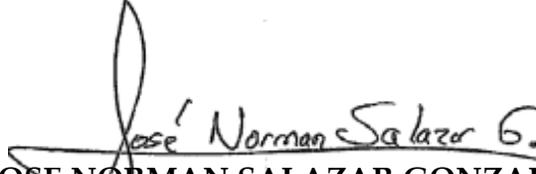
El pasado 28 de septiembre de 2022 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 18 de agosto de 2021 por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 1 de septiembre de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 19 de agosto de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 18 de agosto de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Blanca Nubia Pérez Henao*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Conjuez

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
José Nicolás Castaño García
Conjuez Ponente**

A.I. 303

**Asunto: Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-004-2018-00349-00
Demandante: Walter Maldonado Ospina.
Demandados: Nación – Rama Judicial – Dirección
Ejecutiva de Administración Judicial.**

Manizales, veintiuno (21) de julio 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 14 Abril de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 27 de Octubre de 2021, según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 15 de Septiembre de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

ADVIERTASE al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA

Conjuez

| |
|--|
| <p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 125 del 24 de Julio de 2023.</p> <p></p> <p>P/ VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS Secretaria</p> |
|--|

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

Acción: Popular
Demandante: Luis Guillermo Arango Bernal y Otros
Demandado: Departamento de Caldas Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministerio del Ambiente y Desarrollo Sostenible, Corpocaldas, Servicio de Geológico Colombiano y Municipio de Neira.
Radicado: 17 001 23 33 000 2019-00149-00
Acto judicial: Sentencia 090

Manizales, diecisiete (17) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Proyecto discutido y aprobado en sala.

1. Asunto

§01. **Síntesis:** La comunidad de la vereda Pueblo Hondo de Manizales pretende que se realice el control de las actividades que ponen en riesgo las laderas donde habitan. La Sala accede a las pretensiones, para que se realice el control de los usos del suelo, como la protección de las rondas hídricas.

§02. Esta sala de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado en el medio de control de **ACCIÓN POPULAR**, promovido por el señor **LUÍS GUILLERMO ARANGO BERNAL** y otros contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES, DEPARTAMENTO DE CALDAS, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SOSTENIBLE, CORPOCALDAS. SERVICIO GEOLÓGICO COLOMBIANO Y MUNICIPIO DE NEIRA.**

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

§03. Se procede a interpretar la demanda, conforme a sus anexos.

¹ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 07 a 11/266

§04. Los demandantes vecinos de la vereda Pueblo Hondo, no enlistaron los derechos colectivos vulnerados. Pero de los hechos se deducen que solicita la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales.

§05. En consecuencia, los demandantes pretenden que se ordene a las demandadas: (i) regular, controlar y monitorear los usos del suelo conforme a la fragilidad de la zona de la *VEREDA PUEBLO HONDO* de la zona rural del municipio de Manizales; (ii) iniciar los procesos de verificación y cumplimiento de la conservación de las rondas de los cauces y vertimientos; (iii) verificar y controlar el uso del suelo; (iv) adelantar los estudios para establecer si el suelo es apto para la explotación forestal el tránsito de vehículos pesados de dicha explotación; (v) establecer el modelo productivos silvopastoril adecuado para la zona; (vi) proceder a los procesos policivos para el retiro de los animales de las zonas afectadas.

§06. Los habitantes de la vereda Pueblo Hondo del municipio de Manizales, señalaron que en noviembre de 2010 sucedió un asentamiento – hundimiento del terreno, que afectó la infraestructura de acueducto y obligó a la evacuación de viviendas.

§07. Y en abril de 2019 se presentó deslizamientos donde se encuentra la tubería que pertenece a Transgas de Occidente con riesgo de explosión.

§08. La autoridad ambiental conceptuó que era necesario ejecutar algunas obras, la reconversión de los usos del suelo de ganadería extensiva y explotación forestal, como la conservación de las rondas hídricas en los cauces.

1.2. Tránsito Procesal

§09. El 11 de abril de 2019² se inadmitió la demanda. A su vez, se decretó medida previa para ordenar: “... *al MUNICIPIO DE MANIZALES, MUNICIPIO DE NEIRA y CORPOCALDAS, que revisen si existe inminente peligro de ocurrir perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos de la comunidad (Zona de Pueblo Hondo); y en caso de existir situaciones de riesgo, a su juicio, o que requiera algún tipo de procedimiento, procedan a realizarlos informando en un término de cinco (5) días siguientes a la comunicación.*”

§10. El 30 de abril de 2019, se admitió la demanda³, al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo.

§11. El 26 de septiembre de 2019⁴, se ordenó vincular a los señores Alejandro Urbe-Orlando Escobar, Nelson Vélez- Eduardo Franco, Joaquín Córdoba, Beatriz Helen Camas, Aida Salazar, Luis Eduardo Noreña, Oscar Andrés franco, Carlos Loaiza Álvaro Jiménez, Oscar Gildardo Tigeros, Juan Carlos Valencia, Filiberto, Marta

² Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 39 a 40/674

³ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 79 a 78/674 Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 120 /674

⁴ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 604 /674

Giraldo, Elizabeth Vélez, Andrés Giraldo Patricio Rico, Omaira Salgado, Ximena Cuartas, Luz Dary Vélez, Niyereth Vélez, Andrea Vélez, Alexander Vélez, Jairo González, Gilberto Amador, Esperanza Franco, Ángela, Jhon Edwar, Oscar Agudelo, Ancizar Escobar, Clemencia Restrepo, Belén Franco, Blanca Ruth Serna, Lina María Betancur, Alex Henao, Julián Restrepo Franco, Jhon Jairo Acevedo, Jhon Eduard Ospina, Román Valencia, Gildardo Tigreros.

§12. El 27 de julio de 2021, se ordenó vincular a la Empresa Reforestadora el Guásimo SAS,

1.3. Contestaciones de las demandadas y los vinculados

1.3.1. Servicio Geológico Colombiano⁵

§13. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Sobre los hechos manifestó no constarles. Como sustento de la defensa, mencionó que la atención de desastres es de competencia de las autoridades locales.

§14. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva:** por la inexistencia del nexo causal respecto a las funciones de la entidad frente a las pretensiones solicitadas por la parte actora; **(ii) Estudios Geológicos Existentes a Nivel Regional:** mencionó los estudios efectuados sobre los fenómenos geológicos generadores de amenazas en la zona de interés del proceso; **(iii) Competencia de las autoridades locales-Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres:** Hizo una relación de las competencias de las entidades respecto a la gestión del riesgo, conforme a la ley 1523 de 2012.

1.3.2. Corporación Autónoma Regional Caldas – en adelante Corpocaldas⁶

§15. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§16. Frente a los hechos aclaró: **(i)** el asentamiento del año 2010 no coincide con la zona donde se presentó el deslizamiento de 2019, con una diferencia en distancia de 226 metros; **(ii)** la regulación y el control del uso de los suelos, como la protección de las fajas de protección hídrica, le corresponden a los municipios; **(iii)** algunos demandantes deben controlar las actividades que realizan como ganadería extensiva, protección de fajas protectoras, cultivos limpios y conducción de aguas a lugares donde no afecte la estabilidad de la zona.

§17. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial:** las afectaciones devienen de las propias actividades realizadas por los demandantes; y, **(ii) Falta de legitimación en causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección derechos e intereses colectivos cuyo amparo se**

⁵ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 131-141 /674

⁶ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 171 a 241/674

solicita: La responsabilidad respecto a la gestión del riesgo y el uso del suelo le corresponden a las alcaldías de Manizales y Neira.

1.3.3. Contestación de la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural⁷

§18. Se opuso a las pretensiones de la demanda porque la parte demandante no demuestra la vulneración de los derechos colectivos. Propuso la excepción de **Falta de Legitimación en la Causa por pasiva**, porque las acciones u omisiones administrativas referida en la demanda no son competencia del ministerio.

1.3.4. Contestación del Departamento de Caldas⁸

§19. Frente a las pretensiones señaló que las actividades de control y regulación de uso del suelo, así como conservación en materia ambiental, se encuentran bajo la responsabilidad del municipio de Manizales y la autoridad ambiental.

§20. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Lo pretendido por el actor es de competencia de las autoridades municipales y ambientales; y, **(ii) Inexistencia de prueba de la vulneración de derechos colectivos por parte del Departamento de Caldas.**

1.3.5. Contestación del Municipio de Manizales⁹

§21. No le constan los hechos de la demanda. Frente a las pretensiones señaló que no ha vulnerado los derechos colectivos invocados por el accionante y debe ser desvinculada de la acción.

§22. En cuanto a las razones de defensa expuso que, de acuerdo a los informes expedidos por la Unidad de Gestión del Riesgo, la inestabilidad del terreno se debe a la actividad de pastoreo por parte de los propietarios de las fincas.

§23. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Culpa de la comunidad:** La actividad que acaba la ladera se ocasiona con la actividad de pastoreo y tala de los habitantes; y, **(ii) Genérica.**

1.3.6. Contestación del Municipio de Neira - Caldas¹⁰

§24. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y respecto a los hechos manifestó no constarle.

§25. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad para efectos de instaurar la presente acción popular:**

⁷ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 355-373/674

⁸ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 441 a 453/674

⁹ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 465 a 674/674

¹⁰ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 489 a /674

Manifestó que no se agotó requerimiento previo dirigido a la entidad territorial; **(ii) Falta de legitimación y titularidad en la causa por pasiva:** Expuso que la vereda Pueblo Hondo es de jurisdicción del municipio de Manizales; **(iii) Falta de título de imputación e inexistencia de nexo causal:** Explicó que las actividades agrícolas y ganaderas que se relacionan en la demanda fueron realizadas por terceros; **(iv) Responsabilidad y hechos imputables a terceros:** Insiste que las intervenciones de terceros como el monocultivo, condujeron a causar la aridez de los suelos y a las situaciones de riesgo; y, **(v) Genérica.**

1.3.7. Contestación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹¹

§26. Se opuso a las pretensiones y no le constan los hechos de la demanda. Puntualizó que Corpocaldas se encarga de la administración de los recursos naturales. Además, a los municipios les corresponde la regulación de los usos de los suelos. El modelo silvopastoril está regulado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

§26.1. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva:** Según las funciones asignadas a través del Decreto Ley 3572 de 2011, al ministerio no le compete tomar medidas correctivas y preventivas para cesar el peligro inminente expuesto por la parte actora; **(ii) Actuación conforme a la ley,** pues el ministerio cumple sus competencias legales de diseñar y formular la política ambiental; **(iii) Falta de requisito de procedibilidad,** ante el Ministerio.

1.3.8. Contestación de la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres-UNGR¹²

§27. Se opuso a las pretensiones y no le constan los hechos de la demanda. Detalló que la gestión local del riesgo les corresponde a las entidades territoriales.

§28. Propuso las siguientes excepciones: **(i) De las competencias de las autoridades públicas conforme a la organización político administrativo del Estado colombiano (en materia de gestión del riesgo de desastres)- Principio de la organización del Estado colombiano - Finalidad de la descentralización y autonomía de las entidades del orden territorial:** la Ley 1523 de 2012 garantizó la autonomía de las entidades territoriales en la gestión del riesgo de desastres; **(ii) Los Consejos Municipales de Gestión del Riesgo de Desastres** están facultados para coordinar los procesos para la gestión del riesgo; **(iii) Los instrumentos de planeación para la organización del territorio en los municipios,** prevén que los municipios regulan el uso del suelo a través del Plan de Ordenamiento Territorial – en adelante POT; y, **(iv) Los mecanismos o instrumentos de financiación en materia de gestión del riesgo de desastres** con que pueden contar los municipios fueron establecidos en el Sistema General de Participaciones y los fondos territoriales para la gestión del riesgo.

¹¹ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl- 513 a 541/674

¹² Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl- 555- 579/674 Expediente Digital

01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl- 551/674 Expediente Digital 076Autoresueltorecursos.pdf. fl. 1-11

1.3.9. Contestación de la Empresa Reforestadora el Guásimo¹³

§29. Frente a los hechos relacionados con la afectación de la zona precisó no constarles, y otros no son ciertos. Se opuso a las pretensiones de la demanda.

§30. La Reforestadora aclaró que tiene plantaciones en las veredas del Espartillal, Alto del Guamo (municipio de Manizales) y Guacaica (municipio de Neira). Y no desarrolla acciones en las veredas de Pueblo Hondo, Rocallosa, Quebrada Negra, Guacaica del municipio de Manizales. Su actividad está encaminada a favorecer la protección del suelo contra la erosión.

§31. En cuanto al transporte forestal, mencionó que hace uso de vías propias y veredales de las veredas del Espartillal, Alto del Guamo y Guacaica del municipio de Neira. Además, dispone de una cuadrilla con maquinaria para el mantenimiento vial.

§32. Propuso las siguientes excepciones: **(i) Falta de legitimación en la causa por pasiva - Ausencia de nexo causal:** reiteró que no tiene plantaciones en la vereda de Pueblo Hondo, Rocallosa, Quebrada Negra y Guacaica (municipio de Manizales); ni ha participado de actividades que pongan en riesgo los derechos colectivos y no tiene dentro de sus facultades regular, controlar y monitorear el uso de los suelos; **(ii) Ausencia de vulneración de derechos colectivos por parte de Reforestadora el Guásimo:** porque tiene un plan de manejo forestal con el objetivo de minimizar el impacto sobre suelos; **(ii) Cumplimiento de las obligaciones por parte de Reforestadora el Guásimo:** a través del Plan de manejo forestal y modelo productivo han permitido la conservación, protección a la biodiversidad, el equilibrio de procesos del bosque, en cumplimiento de las obligaciones legales ante el Instituto Colombiano Agropecuario. Por lo que recibió la Certificación de la Gestión Forestal y Cadena de Custodia FSC (Forest Stewardship Council); y, **(iii) Genérica.**

1.3.10. Las demás partes vinculadas no contestaron la demanda

§33. Los vinculados no intervinieron.

1.4. Tránsito procesal. Audiencia de Pacto de Cumplimiento¹⁴

§34. Las partes no llegaron a un acuerdo en la audiencia celebrada el 30 de noviembre de 2021.

1.5. Alegatos de conclusión e intervención del Ministerio Público

¹³ Expediente Digital 021ContestaciónReforestación.pdf – Fl. 1-40

¹⁴ Expediente Digital 050actaudiencia pacto de cumplimiento.pdf

§35. Solamente se pronunciaron las siguientes partes:

§36. **Corpocaldas**¹⁵: Expuso que, de acuerdo con los informes y declaraciones técnicas, las causas de los deslizamientos que se presentan en el sector obedecieron a condiciones naturales y de orden antrópico como usos del suelo. Y la corporación desplegó las acciones necesarias de su competencia.

§37. **Servicio Geológico Colombiano**¹⁶: Reiteró que no tiene competencias en cuanto a la gestión ambiental y del riesgo.

§38. **Departamento de Caldas**¹⁷: recalcó que la gestión del suelo y de los riesgos les corresponde a los municipios.

§39. **Reforestadora el Guásimo - Vinculado**¹⁸: Insistió que carece de legitimación en la causa, atendiendo que las plantaciones no se desarrollan en las laderas de la Vereda de Pueblo Hondo. A su vez, los deslizamientos se deben a las actividades de sobrepastoreo y cultivos limpios.

§40. **Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural**¹⁹: Reiteró que a las entidades territoriales le corresponde la gestión del riesgo.

§41. **Municipio de Neira**²⁰: Insistió que los hechos de la acción popular no se desarrollarlo en su jurisdicción, y el riesgo se genera por la ganadería extensiva y el sobrepastoreo.

§42. **Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres**²¹: Reiteró la competencia de los entes territoriales en materia de gestión del riesgo.

§43. **Ministerio Público**: Presentó concepto donde considera que se vulneran los derechos colectivos de la población, porque: **(i)** según los informes técnicos se han presentado inestabilidad de taludes con gran pendiente como deslizamientos; **(ii)** se evidenció que en las laderas hay pastoreo, cultivos limpios y uso inadecuado de aguas lluvias; **(iii)** consideró que Corpocaldas, el departamento de Caldas y el municipio de Manizales deben concurrir a la protección de la zona, como en actividades de: revegetalización de laderas, mantenimiento de canales colectores, mejoras en cunetas y canales aledaños a los taludes, identificar las viviendas que requieran reparaciones a costa de sus propietarios, así como también cofinancien y ejecuten un estudio sobre el modelo silvopastoril para la zona.

¹⁵ Expediente Digital 102alegatosconclusión.pdf

¹⁶ Expediente Digital 104alegatosconclusión.pdf

¹⁷ Expediente Digital 106AlegatosConclusiónDeptoCaldas.pdf

¹⁸ Expediente Digital 108AlegatosConclusiónpdf

¹⁹ Expediente Digital 110AlegatosConclusiónpdf

²⁰ Expedientedigital 112AlegatosConclusionMpioNeira

²¹ Expedientedigital 114AlegatosConclusionUGR

2. Consideraciones

§44. Esta decisión corresponde a este tribunal, conforme a los artículos 16 de la Ley 472 de 1998²² y 152 numeral 14 del CPACA.

2.1. Las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e Improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial se estudiarán más adelante en el fondo del asunto

§45. Según las contestaciones de la demanda, propusieron la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva las entidades Corpocaldas, Departamento de Caldas, Servicio Geológico Colombiano, el municipio de Neira, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la Reforestadora el Guàsimo.

§46. Frente a esta excepción la sección primera del Consejo de Estado²³ sostuvo que existen dos tipos de legitimación en la causa: “... i) *La de hecho que hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal; y, ii) la material que da cuenta de la participación o relación que tienen las personas naturales o jurídicas -sean o no partes del proceso-, con los hechos que originaron la demanda.*”

§47. Por lo que “... *tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró o no la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.*”-sft-

§48. De esta manera, en el fondo del asunto se analizará la legitimación en la causa por pasiva en forma material.

§49. Igualmente, la excepción propuesta por Corpocaldas de **Improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial** será decidida una vez analizadas las pruebas allegadas.

2.2. La excepción de falta de requisito de procedibilidad no prospera porque se admitió la demanda al evidenciarse un peligro o riesgo

§50. El Municipio de Neira – Caldas, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible excepcionaron que no se agotó ante ellas el requisito de procedibilidad previsto en el artículo 144 del CPACA.

²² http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html#16

²³ Consejo de Estado, Sección Primera, MP. Oswaldo Giraldo López radicado 25000-23-41-000-2014 00277-01 del 18 de agosto de 2020

§51. Los artículos 144 y 161.4 de la Ley 161 de la Ley 1437 de 2011 ordenan como requisito de procedibilidad para la demanda de las acciones populares, que: “*Antes de presentar la demanda para la protección de los derechos e intereses colectivos, el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez.*”

§52. Sin embargo, “*Excepcionalmente, se podrá prescindir de este requisito, cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.*”

§53. En el presente caso, en la inadmisión de la demanda²⁴ se ordenó: (i) a la parte actora allegara dicho requisito; y, (ii) se estimó que se denunciaba un riesgo o peligro inminente, por lo que se decretaron medidas cautelares.

§54. En el estudio de la admisión, se dio tránsito a la demanda a causa de la situación expuesta en el informe de la Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales, sobre las circunstancias de riesgo en el sector.

§55. De esta manera, la excepción de falta del requisito de procedibilidad no se encuentra demostrada, porque existían elementos que evidencian que puede existir un perjuicio irremediable.

2.3. Problemas jurídicos

§56. ¿Se presenta la vulneración de los derechos colectivos al ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, en la Vereda Pueblo Hondo, corregimiento Manantial del municipio de Manizales, por la explotación de los suelos que se realiza en la zona?

2.4. Las acciones populares

§57. Los derechos colectivos son protegidos por las acciones populares cuando éstos resulten amenazados o vulnerados, existan peligro, agravio o daño contingente, por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de los particulares que actúen en desarrollo de funciones administrativas. (arts. 78 a 82 CP, L.472/1998).

§58. El Honorable Consejo de Estado²⁵ indicó los siguientes supuestos para la prosperidad de las acciones populares: “*A) Una acción u omisión de la parte demandada. B) Un daño contingente, peligro, amenaza que no es en modo alguno la que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana. Y, C) La relación de*

²⁴ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 39/ 674

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil diez (2010), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-01920-01(AP).

causalidad entre la acción, la omisión, y la señalada afectación de los referidos derechos e intereses”.

2.5. Los derechos colectivos implicados

§59. **El ambiente sano** es el derecho que tienen todas las personas y es deber del estado protegerlo y conservarlo fomentando la educación para su cuidado. (Art. 79 CP).

§60. Como derecho colectivo, el goce al ambiente sano se refiere a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.²⁶ (Art. 4.a L.472/1998).

§61. El ambiente sano también tiene la connotación de derecho-deber: *“Bajo ese entendido, uno de los principios fundamentales del nuevo régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, en virtud de la cual, la Constitución recoge en la forma de derechos colectivos y obligaciones específicas las pautas generales que rigen la relación entre el ser humano y el ecosistema. Estas disposiciones establecen, por ejemplo, (i) el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano, (ii) la obligación estatal y de todas las personas de proteger la diversidad e integridad del ambiente, (iii) la obligación del Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro y garantizar un desarrollo sostenible y (iv) la función ecológica de la propiedad. (...) De ahí que todos los habitantes del territorio colombiano tienen derecho a gozar un entorno o hábitat sano y el deber de velar por la conservación de éste.”-sft-*

§62. **El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente** pretende garantizar que la sociedad no esté expuesta a padecer posibles o inminentes alteraciones de las condiciones normales de vida o daños graves *“por fenómenos naturales y efectos catastróficos de la acción accidental del hombre, que demanden acciones preventivas, restablecedoras, de carácter humanitario o social, constituyéndose en un derecho de naturaleza eminentemente preventiva”.*²⁷

2.6. Competencias estatales y ciudadanas

§63. **A los municipios le corresponde la reglamentación de los usos del suelo, así como la gestión directa de los riesgos.**

§63.1. El concejo tiene las funciones de reglamentar el uso del suelo. (art. 315.7 CP) Esta competencia se desarrolla a través de la función pública del urbanismo, del ordenamiento territorial y de las acciones urbanísticas inscritas en los planes territoriales, donde se dispone de la clasificación del uso del suelo, la

²⁶ Santofimio, Gamba- Jaime, “compendio de derecho administrativo” Universidad Externado de Colombia. Edición 2017, pág. 907.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA- Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil once (2011)- Radicación número: 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP).

determinación de las zonas no urbanizables por riesgos, la localización de las áreas para la prevención de desastres, y las zonas de importancia ambiental. (arts. 3, 8 L.388/1997).

§63.2. Entre los determinantes de los planes de ordenamiento están los relacionados con la conservación y protección del ambiente, y la prevención de amenazas y riesgos naturales. En los componentes urbano y rural de los planes de ordenamiento territorial -POT- se establecen los suelos de protección y las áreas expuestas a amenazas y riesgos naturales. Estas zonas hacen parte del suelo de protección. (arts. 10.1, 13.3, 14.3, 35 L.388/1997, 5, 6 D.919/1989).

§63.3. Los municipios tienen las competencias de adoptar los planes de desarrollo ambiental, como ejercer el control y vigilancia del ambiente. (art. 65 L.99/1993).

§63.4. Se le suman las competencias de prevenir y atender los desastres en su jurisdicción, como adecuar las áreas urbanas y rurales en zonas de alto riesgo y reubicación de asentamientos. (art. 76.9 L.715/2001).

§63.5. Los municipios hacen parte del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, por lo cual en sus planes de desarrollo deben integrar el componente de prevención de desastres, y deben dirigir, coordinar y controlar todas las actividades administrativas y operativas indispensables para atender las situaciones de desastre regional o local. (arts. 6, 62 D.919/1989, 76.9 L.715/2001).

§63.6. La Honorable Corte Constitucional²⁸ definió las siguientes obligaciones básicas municipales en materia de desastres:

“(i) tener una información actual y completa de las zonas de alto riesgo de deslizamientos o derrumbes que se encuentran en su municipio, y (ii) adoptar las medidas necesarias de reubicación en los casos en que personas se encuentren ubicadas en las zonas donde se ponga en riesgo sus derechos por las condiciones del terreno. Así, pues, cuando la vivienda se encuentra en situación que ponga en peligro la vida de las personas, es necesario que “se proceda a la evacuación de las personas para proteger su vida y además será obligación del Estado efectuar los actos administrativos indispensables para que los afectados encuentren otro lugar donde vivir en condiciones parecidas a las que antes disfrutaban.”

§63.7. La Ley 1523 de 2012²⁹, que determina la política nacional para la gestión del riesgo de desastres, estableció: **(i)** la responsabilidad de los alcaldes en la implementación de los procesos de gestión del riesgo, incluyendo el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres -art. 14-; **(ii)** crea los consejos municipales de gestión de riesgo, como la incorporación de dicha gestión dentro de los planes de desarrollo y de ordenamiento territorial – arts. 27

²⁸ Ibidem.

²⁹ Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones”

y 40-; y, (iii) crea el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo que garantizará el apoyo a las entidades territoriales en sus esfuerzos de conocimiento del riesgo, prevención, mitigación, respuesta y recuperación -art. 50-.

§63.8. Los municipios hacen parte del Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, por lo cual en sus planes de desarrollo deben integrar el componente de prevención de desastres, y deben dirigir, coordinar y controlar todas las actividades administrativas y operativas indispensables para atender las situaciones de desastre regional o local. (arts. 6, 62 D.919/1989, 76.9 L.715/2001).

§64. A los departamentos le corresponde ejercer los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad administrativas en la gestión del riesgo:

§64.1. El artículo 74.5 de la Ley 715 de 2001 estableció como atribuciones de los departamentos, “... *Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los Municipios y a las instituciones de prestación de servicios para el ejercicio de las competencias asignadas por la ley, cuando a ello haya lugar.*”

§64.2. El artículo 13 de la Ley 1523 de 2012³⁰, que adoptó la política nacional de gestión del riesgo, estableció que “... *Los gobernadores y la administración departamental son la instancia de coordinación de los municipios que existen en su territorio. En consecuencia, están a cargo de las competencias de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva respecto de los municipios de su departamento.*”

§64.3. En efecto, el Consejo de Estado³¹ aclaró sobre los principios de coordinación y subsidiariedad administrativos entre los departamentos y municipios: (...) *i) la importancia de que exista una comunicación constante entre los departamentos y los municipios; ii) los departamentos como entes territoriales de nivel superior deben hacer seguimiento y estar pendientes del estado y de la gestión de los municipios, respetando naturalmente el principio de autonomía; iii) deben haber procesos de participación de modo que los departamentos apoyen e intervengan en la planeación de los programas y proyectos, sin que ello implique que necesariamente deban participar en la*

³⁰ Por la cual se adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres y se establece el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres y se dictan otras disposiciones.

[...] Artículo 13. Los Gobernadores en el Sistema Nacional. Los gobernadores son agentes del Presidente de la República en materia de orden público y desarrollo, lo cual incluye la gestión del riesgo de desastres. En consecuencia, proyectan hacia las regiones la política del Gobierno Nacional y deben responder por la implementación de los procesos de conocimiento y reducción del riesgo y de manejo de desastres en el ámbito de su competencia territorial. Parágrafo 1°. Los Gobernadores como jefes de la administración seccional respectiva tienen el deber de poner en marcha y mantener la continuidad de los procesos de gestión del riesgo de desastres en su territorio, así como integrar en la planificación del desarrollo departamental, acciones estratégicas y prioritarias en materia de gestión del riesgo, especialmente a través del plan de desarrollo departamental y demás instrumentos de planificación bajo su responsabilidad. Parágrafo 2°. Los gobernadores y la administración departamental son la instancia de coordinación de los municipios que existen en su territorio. En consecuencia, están a cargo de las competencias de coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva respecto de los municipios de su departamento [...]

³¹ Ibidem.

ejecución; y iv) el hecho de que la ley radique en cabeza de los municipios determinada función, no puede soslayar el trabajo conjunto que deben desarrollar con los departamentos.(...)”-sft-

§65. Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales en la administración del ambiente, como de las rondas hídricas:

§65.1. Por disposición del artículo 31 de la Ley 99 de 1993³², a las Corporaciones Autónomas Regionales – CAR- les compete la administración del ambiente y los recursos naturales, la determinación de las rondas hídricas y las fajas forestales protectoras de los cauces hídricos, como también de asesoría a los municipios en materia de riesgos.

§65.2. El artículo 2.2.3.3.2 del Decreto 1077 ordena que las Corporaciones Autónomas Regionales y las autoridades ambientales de las entidades territoriales, tendrán a su cargo el manejo de los recursos naturales, y la definición de las normas técnicas para la conservación, preservación y recuperación de los elementos naturales del espacio público.

§65.3. El artículo 2.2.3.1.5.1.1.2. del mismo decreto 1077, incluye dentro de las áreas para la conservación y preservación del sistema hídrico, los elementos naturales relacionados con las corrientes de agua, tales como las rondas hídricas.

§65.4. El artículo 83 del Decreto 2811 de 1974, Código de Recursos Naturales Renovables, establece que, “... salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: (...) una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos hasta de 30 metros de ancho...” -sft-

§65.5. El artículo 5 del Decreto 1504 de 1998 precisa que “... *la Ronda Hídrica es un elemento que conforma el espacio público*”.

§65.6. El artículo 2.2.1.1.1.8.2 del Decreto 1076 de 2015 establece como obligaciones de los propietarios de predios: “... *Mantener en cobertura boscosa dentro del predio las áreas forestales protectoras. (...) Se entiende por áreas forestales protectoras: (...) b) Una faja no inferior a 30 metros de ancho, paralela a las líneas de mareas máximas, a cada lado de los cauces de los ríos, quebradas y arroyos, sean permanentes o no, y alrededor de los lagos o depósitos de agua...*”

§65.7. El artículo 1º del Decreto 2245 de 2017 estableció “... *los criterios técnicos con base en los cuales las Autoridades Ambientales competentes realizarán los estudios para el acotamiento de las rondas hídricas en el área de su jurisdicción.*”

³² http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html.

§65.8. A pesar que CORPOCALDAS definió las *RONDAS HÍDRICAS* por la Resolución 77 de 2011³³, esta fue derogada por la Resolución 2020-0193³⁴, donde señaló que “... *el acotamiento de estas son competencia de COPROCALDAS con el fin de preservar la función ecosistémica y de prevención del riesgo de los cauces naturales, mientras que el mantenimiento en cobertura boscosa en áreas forestales protectoras es competencia de los propietarios de predios rurales para la conservación de los recursos naturales y de las Administraciones Municipales en lo relacionado con la reglamentación de los usos del suelo.*”

§65.9. De esta manera, CORPOCALDAS tiene competencia para la definición de los criterios para la delimitación de las rondas hídricas y las fajas forestales protectoras.

§65.10. Por otro lado, el artículo 31 de la Ley 1523 de 2012³⁵, integra a las Corporaciones Autónomas Regionales en el sistema de Gestión del Riesgo, y les ordena la labor de apoyar a las entidades territoriales de la jurisdicción ambiental, en los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo.

§65.11. Aparte de lo anterior, el Consejo de Estado³⁶ señaló que las CAR pueden tener competencias indirectas de apoyo y acompañamiento: “... *la distribución de funciones expuesta tampoco implica que las corporaciones autónomas regionales ejerzan la competencia que de manera directa corresponde a los municipios en materia de prevención y atención de desastres, sino que se circunscribe al apoyo y acompañamiento que, para el efecto, requiera la entidad territorial.*”-sft-

§66. A las personas les corresponde la protección del ambiente como actuar frente a situaciones de riesgo, por el principio de solidaridad:

³³ <https://historico.corpocaldas.gov.co/publicaciones/692/2018-04-03/Resolucion-077-2011-Ult.pdf>

³⁴ <https://historico.corpocaldas.gov.co/publicaciones/1628/02-12/Resolucion-2020-0193.PDF>

³⁵ ARTÍCULO 31. LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES EN EL SISTEMA NACIONAL. Las corporaciones autónomas regionales o de desarrollo sostenible, que para efecto de la presente ley se denominarán las corporaciones autónomas regionales, como integrantes del sistema nacional de gestión del riesgo, además de las funciones establecidas por la Ley 99 de 1993 y la Ley 388 de 1997 o las leyes que las modifiquen. Apoyarán a las entidades territoriales de su jurisdicción ambiental en todos los estudios necesarios para el conocimiento y la reducción del riesgo y los integrarán a los planes de ordenamiento de cuencas, de gestión ambiental, de ordenamiento territorial y de desarrollo.

PARÁGRAFO 1o. El papel de las corporaciones autónomas regionales es complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, y estará enfocado al apoyo de las labores de gestión del riesgo que corresponden a la sostenibilidad ambiental del territorio y, por tanto, no eximen a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de desastres.

PARÁGRAFO 2o. Las corporaciones autónomas regionales deberán propender por la articulación de las acciones de adaptación al cambio climático y la de gestión del riesgo de desastres en su territorio, en virtud que ambos procesos contribuyen explícitamente a mejorar la gestión ambiental territorial sostenible.

PARÁGRAFO 3o. Las corporaciones autónomas regionales como integrantes de los consejos territoriales de gestión del riesgo, en desarrollo de los principios de solidaridad, coordinación, concurrencia y subsidiariedad positiva, deben apoyar a las entidades territoriales que existan en sus respectivas jurisdicciones en la implementación de los procesos de gestión del riesgo de acuerdo con el ámbito de su competencia y serán corresponsables en la implementación.

³⁶ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN PRIMERA - Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ - Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil diecinueve (2019) -Radicación número: 17001-23-33-000-2017-00452-01(AP)

§66.1. Colombia está fundada en la solidaridad de las personas, quienes debemos obrar respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida y la salud, como por la conservación de un ambiente sano (arts. 1, 95.2-8).

§66.2. El artículo 8° del Decreto 1504 de 1998 estableció que: “*Los propietarios y poseedores de inmuebles rurales deberán preservar las fajas forestales protectoras de nacimientos y corrientes de agua; por consiguiente, tendrán que cumplir las siguientes obligaciones: (...) Demarcar y aislar el área forestal protector, (...) Los bosques naturales o plantados no podrán ser aprovechados, salvo la obtención de productos secundarios; (...) Instalar abrevaderos fuera del área forestal protectora y construir pontones con su respectivo aislamiento para el paso del ganado (...) Abstenerse de aplicar plaguicidas en el área demarcada...*”

2.7. Caso concreto: análisis de los elementos de responsabilidad en este proceso

§67. Previamente, se indica que en los anexos de la demanda³⁷ y en la contestación³⁸ de la demanda se aportaron informes con fotografías y en medio magnético, las cuales “*...son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.*”³⁹ En el asunto en estudio, se allegaron fotografías en los informes elaborados por funcionarios de la Unidad de Gestión del Riesgo donde se refieren al lugar donde se presentan los deslizamientos de la Vereda Pueblo Hondo; como de la Subdirección de Infraestructura Ambiental de Corpocaldas, en torno a las condiciones de la vía de la vereda en mención, y del sector en el Plan de Ordenamiento Territorial de Manizales.⁴⁰

2.7.1. El sector objeto de la acción popular

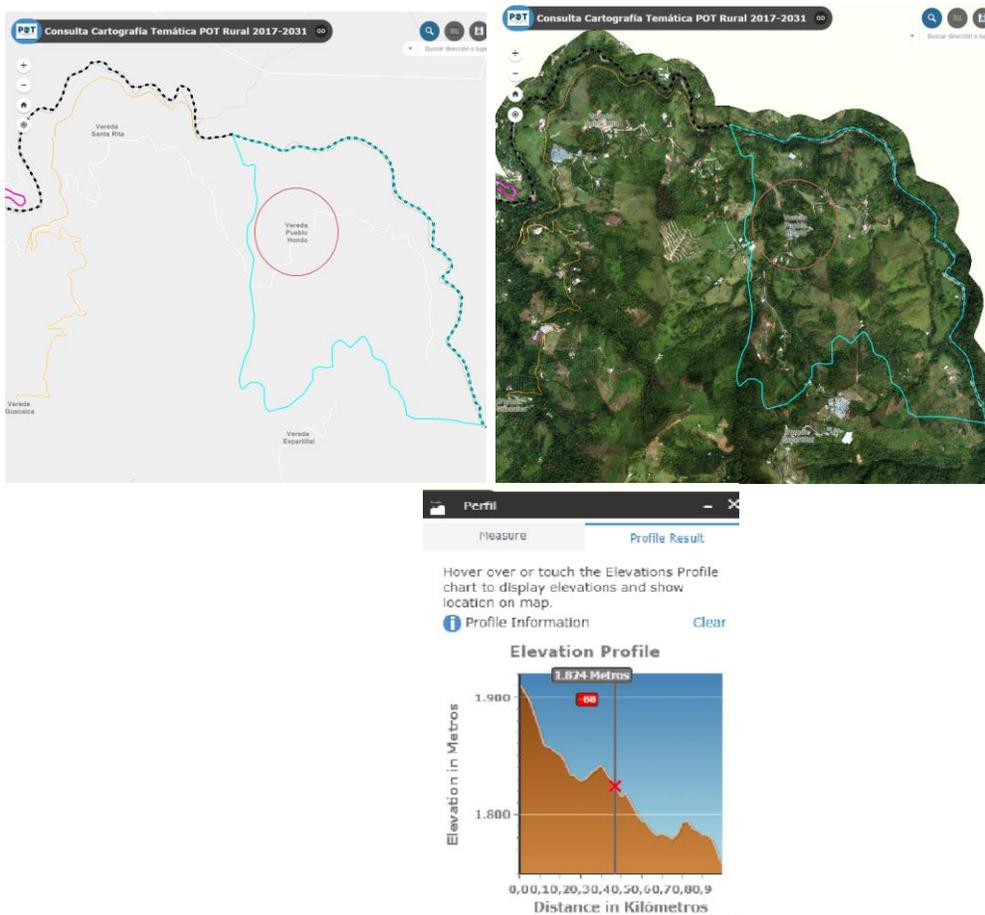
§68. La vereda Pueblo Hondo del municipio de Manizales – en la gráfica en el círculo de color rojo-, colinda al norte y occidente como el municipio de Neira, así como las veredas Santa Rita y Guacaica al oriente, como con la vereda Espartillal al sur. En consulta cartográfica del POT de Manizales se constata que el suelo tiene una fuerte inclinación:

³⁷ Expediente digital archivo 001expedienteescaneado

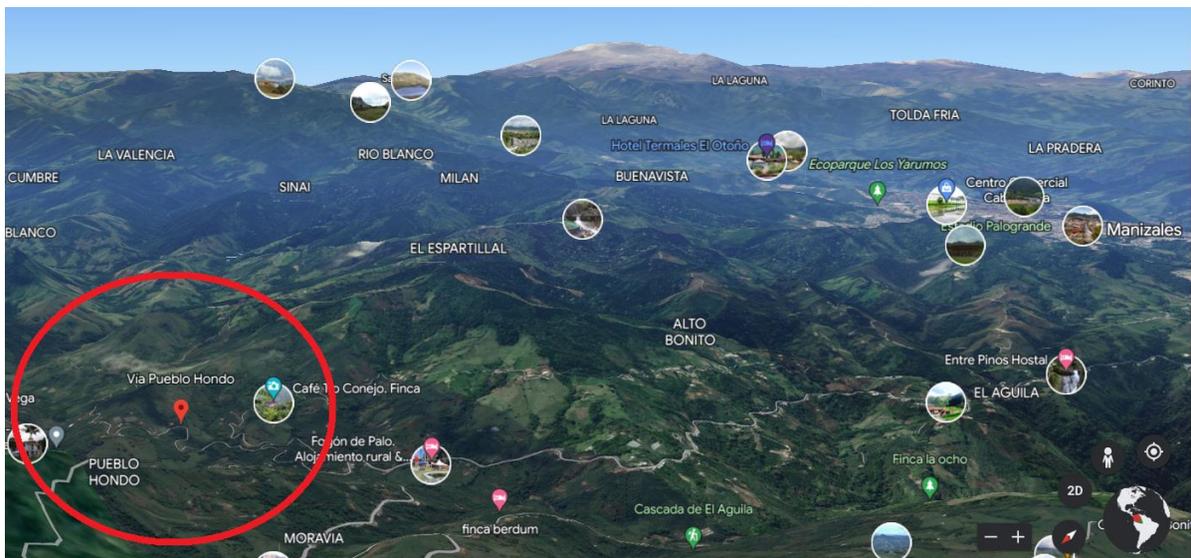
³⁸ ³⁸ Expedientedigital, 003DVD1InformaciónGeográfica1-004DVD2InformaciónGeográfica2 - 005DVD3InformaciónGeográfica3 - 002PotManizales ³⁸

³⁹ CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN C- Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz (E)- Bogotá, D.C, seis (6) de mayo de dos mil quince (2015) Radicación: 05001-23-31-000-1997-02667-01 (30.892)

⁴⁰ Expediente digital archivo 001expedienteescaneado pág. 19/674



Fuente Consulta temática POT rural 2017-2031⁴¹



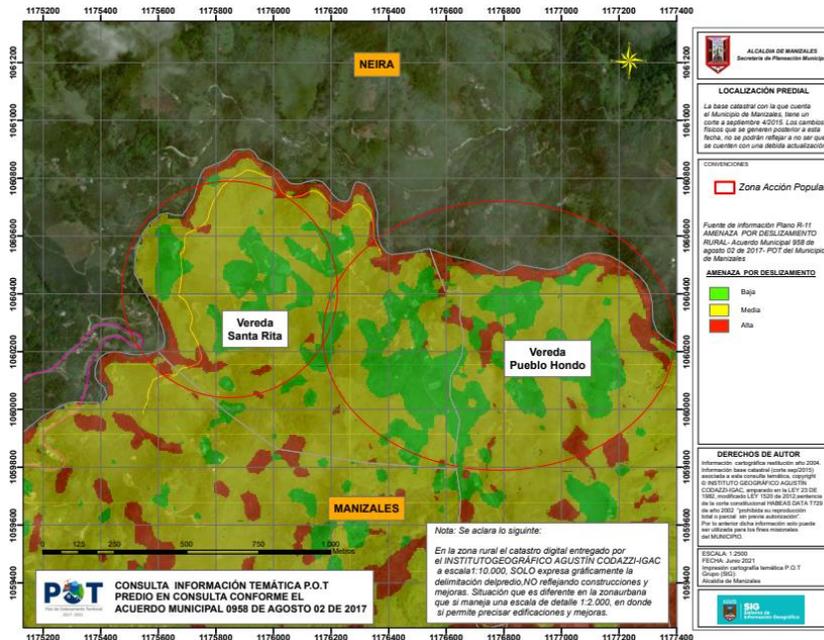
Consulta Google Earth

§69. Conforme a la Geolocalización predial cartográfica del POT de Manizales, la vereda Pueblo Hondo es de amenaza baja y media por deslizamiento, según lo confirmó el testigo Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón adscrito a la Corpocaldas⁴²:

⁴¹

https://sigmzl.manizales.gov.co/app/Consulta%20Cartogr%C3%A1fica%20Tem%C3%A1tica%20POT%20Rural_WEB-2022-NEW/

⁴² 092LinkVideosAudienciaPruebas



§70. En la ficha normativa rural⁴³ del POT de Manizales, la vereda se cataloga con suelos de protección, desarrollos restringidos, y prevé algunos usos agrícolas, ganaderos y forestales. Sobre la explotación de recursos se recomienda: “cultivos permanentes semi-intensivos de clima frío, proyectos de reconversión ganadera, cultivos permanentes semi-intensivos de clima templado, zonas forestales de producción, pastoreo semi-intensivo de clima templado, cultivos orgánicos manejado con buenas prácticas agrícolas, reconversión ganadera, huertos familiares mixtos.”

PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL. FICHA NORMATIVA RURAL CÓDIGO TEMÁTICO R 06

CARACTERIZACIÓN GENERAL
Superficie: 3.624 Ha
Temperatura: 16° C a 19°C entre 1400 y 2600 msnm.
Veredas: Alto Bonito, Alto Corinto, Alto del Guamo, Bajo Corinto, El Porvenir, Espartillar, Guacaica, Hoyo Frio, Olivares, Pueblo Hondo, Santa Rita, Sierra Morena.
N° de habitantes: 4.273 hab. (2.256 hombres y 2.017 mujeres)
N° de Viviendas: 838
Fuente: Boletín Estadístico Indicadores Socioeconómicos. Secretaría de Planeación Municipal, 2017.

CATEGORÍAS

| SUELOS DE PROTECCIÓN | USOS AGROPECUARIOS | DESARROLLO RESTRINGIDO | SISTEMAS ESTRUCTURANTES |
|---|----------------------------------|--|--|
| CÓDIGO TEMÁTICO R 06-1 | CÓDIGO TEMÁTICO R 06-2 | CÓDIGO TEMÁTICO R 06-3 | CÓDIGO TEMÁTICO R 06-4 |
| R 06-1.1 ESTRUCTURA ECOLÓGICA DE SOPORTE | R 06-2.1 USOS AGRÍCOLAS | R 06-3.1 USOS DEL SUELO COMPLEMENTARIOS DEL CORREGIMIENTO | R 06-4.1 SISTEMA VIAL (Contenido en el numeral 3.2.2 del DTS Rural y los Planos R-21 SUBSISTEMA VIAL, CLASIFICACIÓN VIAL RURAL Y R-22 SUBSISTEMA VIAL - CATEGORÍA VIAL RURAL.) |
| R 06-1.2 PATRIMONIO CULTURAL (Contenido en el numeral 3.2.1.5 del DTS Rural, el Anexo A-7 FICHAS PATRIMONIO CULTURAL y el Plano R-19 BIENES DE INTERÉS CULTURAL.) | R 06-2.2 USOS GANADEROS | R 06-3.2 CENTROS POBLADOS RURALES | R 06-4.2 ÁREAS DEL SISTEMA DE EQUIPAMIENTOS (Contenido en el numeral 3.2.2.3 del DTS Rural y el Plano R-20 EQUIPAMIENTOS RURALES.) |
| R 06-1.3 ÁREAS DEL SISTEMA SERVICIOS PÚBLICOS (Contenido en el numeral 3.2.1.3 del DTS Rural y el Plano R-8 SERVICIOS PÚBLICOS RURAL.) | R 06-2.3 USOS FORESTALES | *SUELO SUBURBANO (La ficha normativa para el suelo suburbano y las centralidades suburbanas se encuentra contenida en los Códigos Temáticos R-10 y R-11 de la presente ficha). | |
| NOTA: Las áreas de producción y explotación clases I, II, III y VIII se incluyen en los usos Agropecuarios. | R 06-2.4 EXPLOTACION DE RECURSOS | | |

CORREGIMIENTO EL MANANTIAL

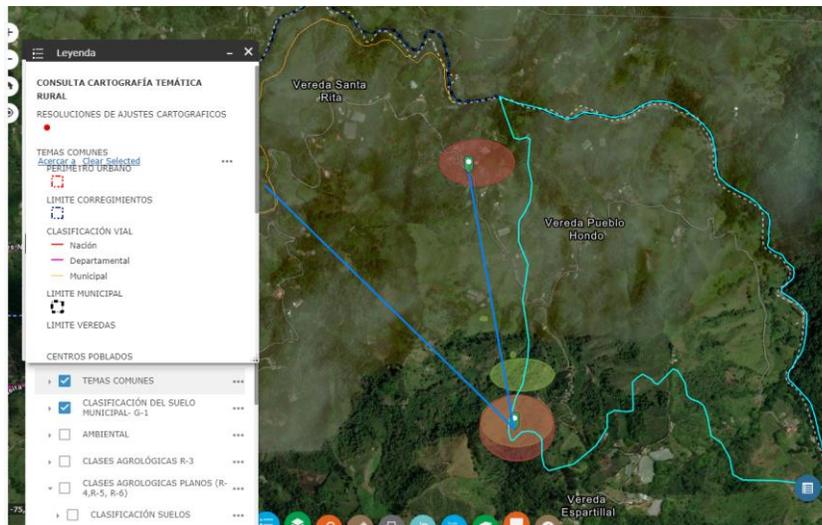
§71. En la declaración rendida por el Profesional Luis Guillermo Velásquez Salazar⁴⁴ de la Reforestadora el Guàximo explicó que dicha empresa no desarrolla cultivos forestales en la vereda Pueblo Hondo.

⁴³ https://drive.google.com/drive/folders/12NufP2-9DRRzF34c1hkw5XwYKcUxi1r_

⁴⁴ 092LinkVideosAudienciaPruebas

2.7.2. Requisito de la existencia de un daño contingente, peligro o amenaza

§72. En 2010 hubo en la zona un hundimiento o asentamiento de masas, que afectó una vivienda deshabitada y una vía; y en 2019 un deslizamiento que afectó varios predios. Fueron identificados los sitios de los sucesos en la audiencia en el siguiente gráfico, en círculos rojos, el de 2010 en la parte superior y del 2019 en la parte inferior:



§73. Sobre el hundimiento o asentamiento de masas sucedido en 2010:

§73.1. La comunidad, a través de la Personería Municipal⁴⁵, presentó derechos de petición el 2 de diciembre de 2010 ante el Municipio de Manizales y la Corporación Autónoma Regional Caldas, con el fin de relacionar la problemática de inestabilidad en la Vereda Pueblo Hondo, fincas La Palma y la Juliana.

⁴⁵ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 15 a 16/674

§73.2. La oficina municipal de Manizales para la prevención y atención de desastres contestó en el oficio 1914 del 22 de diciembre de 2010⁴⁶: (i) “Se trata de un movimiento en masa de grandes proporciones el cual afecta varias fincas del sector y del cual se tuvo conocimiento hace aproximadamente dos años y que se reactivó en la presente temporada invernal, con mayor acentuación en la parte baja...”; (ii) afecta a una vivienda desahitada, la vía y una tubería de gas natural; (iii) se espera deterioro progresivo y movimientos de masa lentos de la parte baja en la vía; y, (iv) no se cuenta con plan de contingencia para el control de la erosión.

§73.3. Corpocaldas, en el oficio del 24 de diciembre de 2010⁴⁷, informó que encontró un hundimiento de vía de penetración a la vereda Pueblo Hondo e hizo las siguientes recomendaciones:



- *“Efectuar obras para el tratamiento del deslizamiento, que se encuentra en la parte inferior del hundimiento de la vía, consistentes de perfilado, construcción de trinchos de pared doble, con biopilotes de Arboloco, Nacedero o Quebrabarrigo, revegetalización con especies endémicas.*
- *Construir un muro en concreto reforzado, con una longitud mínima de 15 metros, hacia la base de la ladera afectada por el deslizamiento antes descrito. Este debe cimentarse en material competente.*
- *Reconstruir las cunetas vehiculares en el sector de la vía, donde estas sufrieron colapso.*
- *Prolongar las entregas de las transversales, evitando su entrega directa en el sitio de la quebrada, donde se han generado los procesos de socavación lateral del cauce.*
- *Con el fin de evitar la gran concentración de agua en los drenajes, así como el aporte extraordinario de sedimentos y restos vegetales, debe efectuarse procesos de reconversión del uso del suelo, en las laderas de la microcuenca con cotas superiores. Esto debe incluir además, la conservación de las rondas hídricas en los cauces (las cuales deben tener un ancho mínimo de 15 metros a cada lado del drenaje).”*

⁴⁶ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 14 /674

⁴⁷ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 19-27/674

§73.4. El testigo Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón adscrito a la Corpocaldas⁴⁸, señaló frente a los sucesos anteriores al año 2010: **(i)** estuvieron condicionado por factores geológicos y antrópicos; **(ii)** los factores antrópicos estuvieron relacionados con cultivos de plátano y café entre otros; y, **(iii)** el factor detonante fue la lluvia de larga duración.

§74. Sobre el deslizamiento sucedido en 2019:

§74.1. La demanda acompañó fotos de un deslizamiento sucedido el 5 de abril de 2019, con muerte de tres personas.

§74.2. La Unidad de Gestión del Riesgo del municipio de Manizales, en el informe de visita del 24 de abril de 2019⁴⁹, precisó: **(i)** “... *Se aprecian múltiples taludes con gran pendiente los cuales en un alto porcentaje están sometidos al sobrepastoreo, actividad económica que contribuye masivamente con la inestabilidad de los taludes...*”; **(ii)** recomendó a los pobladores estar atentos antes señales de riesgo de taludes; **(iii)** propuso realizar labores de revegetalización de áreas descubiertas, limpieza y mantenimiento de las canales colectoras, adecuación de las cunetas y canales de captación aledaños al talud, con el objetivo que las aguas de escorrentía se encaucen correctamente por dichas estructuras.

§74.3. El 25 de abril de 2019⁵⁰ Corpocaldas y la Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales informaron respecto de los deslizamientos de los días 5 y 6 de abril de 2019: **(i)** coinciden con áreas dedicadas al pastoreo de ganado y a la siembra de cultivos limpios; **(ii)** las viviendas que tenían algún grado de riesgo ante los eventos de inestabilidad ya se encuentran evacuadas; **(iii)** se trata de laderas de fuerte pendiente con una alta susceptibilidad a la generación de procesos de inestabilidad; **(iv)** se presentan cambios en el uso del suelo, predominio de pastoreo intensivo y cultivos limpios, uso inadecuado manejo de aguas lluvias; **(v)** recomienda el monitoreo periódico de los proceso de inestabilidad, establecer las fajas forestales protectoras de los cauces y reconversión de los usos del suelo a sistemas silvo-pastoriles o agro-forestales.

§74.4. El Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón adscrito a Corpocaldas⁵¹ en torno al evento de 2019 explicó: **(i)** no tuvo algún referente que permitiera advertir algún tipo de problemática; **(ii)** no corresponde a una reactivación de algún evento anterior; y, **(iii)** no se identificó que se afectó alguna infraestructura de conducción de gas.

§74.5. El declarante Ingeniero civil Mauricio Saavedra Sánchez de Corpocaldas⁵² identificó que el factor detonante del deslizamiento de 2019 fue la lluvia intensa, lo cual estuvo asociado a los usos del suelo de cultivos limpios y

⁴⁸ 092LinkVideosAudienciaPruebas

⁴⁹ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 75-77/674

⁵⁰ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 155-157/674

⁵¹ 092LinkVideosAudienciaPruebas

⁵² 092LinkVideosAudienciaPruebas

el pastoreo de ganado que, por sus condiciones topográficas de altas pendientes, favorecen este tipo de procesos de inestabilidad

§74.6. El testigo ingeniero civil Juan Carlos Jiménez Quintero explicó sobre el deslizamiento de 2019: **(i)** existen franjas en el lugar y el agua se filtra por éstas, que crean superficies de falla que afectan el talud; **(ii)** se observó ganado y ausencia de árboles que amarren el terreno; **(iii)** el talud presenta una gran pendiente y pasa una falla geológica la cual hace que el sector permanezca en movimiento; **(iv)** las áreas protectoras no se deben cultivar, y solo debe hacerse aprovechamiento agroforestal; y, **(v)** los habitantes del sector han contribuido al deterioro de las montañas.

§75. Sobre la comparación entre ambos sucesos del 2010 y 2019, el Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón adscrito a la Corpocaldas⁵³ explicó que en ambos hubo confluencia entre las lluvias y factores asociados al inadecuado uso del suelo agrícola y ganadero, como deforestación de las áreas protectoras y de las márgenes de los cauces hídricos.

§76. Como soluciones al problema de estabilidad en la vereda, el Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón adscrito a Corpocaldas⁵⁴ planteó realizar: **(i)** obras para el manejo de aguas lluvias; **(ii)** obras de drenaje del interior de las laderas para eliminar procesos de saturación interna como también de aguas superficiales; **(iii)** cunetas en las vías dotadas de transversales y drenes con descoles para la correcta entrega de aguas en los sitios de entrega; **(iv)** revisiones de los usos del suelo para es que los sistemas de explotación agrícola combinen tanto por coberturas vegetales, esto es, cultivos con árboles, formando barreras transversales a la línea máxima pendiente de la ladera que ayude a regular; y, **(v)** la protección y de las coberturas vegetales de las rondas hídricas.

2.7.3. Las acciones u omisiones de la parte demandada

§77. Sobre las actuaciones realizadas en la zona, se demostró:

§78. Entre el 23 de noviembre al 23 de diciembre de 2009, Corpocaldas, a través de contratista, ejecutó el contrato de obra 031-2009 por Urgencia Manifiesta “Construcción de Obras de Estabilidad de Taludes y Manejo de Aguas Lluvias en el Corregimiento 6 Municipio de Manizales”⁵⁵. En la vereda Pueblo Hondo se realizó: **(i)** la construcción de los canales flexibles, sus cercas de protección y la instalación de tubería de 24" para paso de ganado en el predio La Palma; **(ii)** un dique en concreto ciclópeo en drenaje lateral del predio las Veraneras con el fin de brindar estabilidad a la zona adyacente; **(iii)** la construcción de un muro en gaviones para estabilizar la zona lateral del drenaje en el sector aledaño a la vía; **(iv)** una pantalla anclada pasiva, protecciones de mortero para talud y acequia en la base de la pantalla, en la finca Las Acacias; **(v)** la construcción de obras de estabilidad de taludes y manejo de aguas lluvias en Alto del Guamo, frente a Pueblo Hondo

⁵³ 092LinkVideosAudienciaPruebas

⁵⁴ 092LinkVideosAudienciaPruebas

⁵⁵ Expediente Digital 01ExpedienteEscaneado.pdf – Fl. 331-334 /674

(Excavación perfilado, perforaciones para anclaje instalación de refuerzo, inyección de mortero, entre otras).

§78.1. Con referencia al suceso de 2019, el Ingeniero John Jairo Chisco Leguizamón adscrito a Corpocaldas⁵⁶ explicó: **(i)** los planes de Corpocaldas tratan de recuperar fajas ambientales protectoras de los cauces de las quebradas; **(ii)** las intervenciones realizadas por la Unidad de Gestión del Riesgo municipal fueron obras de reducción de riesgo de manejo de aguas lluvias, obras de drenaje, obras de recuperación de suelos degradados que disminuyeron el riesgo de deslizamiento en la zona; y, **(iii)** con posterioridad a las obras realizadas no se reportó algún otro evento.

§79. Así mismo, el Ingeniero civil Mauricio Saavedra Sánchez de Corpocaldas⁵⁷ explicó que formularon unos proyectos ante la Unidad de Gestión del Riego para intervenir varias veredas afectadas como Pueblo Hondo, lo cual se encuentra en ejecución desde el año 2021. Las obras que se proyectaron tienen valores aceptables para la recuperación de las condiciones de las áreas afectadas y adyacentes con las obras de manejos de aguas. En caso de presentar lluvias prolongadas, estas se encuentran controladas con ese tipo de obras.

§80. Adicionalmente, Corpocaldas formuló la delimitación de las rondas hídricas por las resoluciones 077 de 2011, 193 de 2020 y 1767 de 2021.

§81. Igualmente, el Plan de Ordenamiento Territorial de Manizales 2017-2031 ya hizo la reglamentación de los usos del suelo por la ficha normativa rural de la vereda Pueblo Hondo, como antes se explicó.

2.7.4. La relación de causalidad entre las actuaciones de las entidades y la comunidad, frente a la afectación de los derechos colectivos

§82. De acuerdo con los informes técnicos de CORPOCALDAS, en especial el efectuado el 24 de diciembre de 2010 respecto al suceso de hundimiento de 2010, como de las declaraciones sobre el deslizamiento de 2019, coinciden que en la vereda Pueblo Hondo se han presentado problemas de inestabilidad del terreno que tienen múltiples causas: **(i)** factores geológicos; **(ii)** aprovechamientos inadecuados del suelo y no respeto de las áreas de protección como de las fajas de protección de los cauces; y, **(iii)** deficiencia en el manejo de aguas cuando se presentan lluvias de larga duración.

§83. Si bien se han realizado obras de mitigación, existe todavía insuficiencias en el aprovechamiento de los suelos, como en las obras de manejo de lluvias, tanto en predios particulares como en las vías.

§84. Se encuentra que la labor de las autoridades no ha sido suficiente para afrontar los retos que implica una zona de alta pendiente, con la existencia predios pequeños, dedicados a cultivos y actividades ganaderas, algunas de subsistencia.

⁵⁶ 092LinkVideosAudienciaPruebas

⁵⁷ 092LinkVideosAudienciaPruebas

§85. Es por ello que existe una relación de causalidad entre los riesgos de afectación en la zona, frente a las actuaciones de la comunidad como del control no completo de las autoridades.

§86. Por lo que se declarará parcialmente probada la excepción de culpa de la comunidad propuesta por el municipio de Manizales.

§87. Debido a que se afectan los derechos colectivos, no se declarará probada la excepción de **Improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial en causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita** propuesta por Corpocaldas

§88. Se declararán probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa propuestas por la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como por el Servicio Geológico Colombiano, el municipio de Neira, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo y la Empresa Reforestadora el Guásimo, al no demostrarse que sus actuaciones o competencias tengan injerencia en la solución de los problemas de la zona.

§89. No se declararán probadas las excepciones de **Improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial, Falta de legitimación en causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita propuestas por Corpocaldas**, porque a la corporación le corresponde la competencia ambiental en materia de la regulación y ayuda en el control de las fajas protectoras de las rondas hídricas.

§90. No se declararán probadas las excepciones de **Falta de legitimación en causa por pasiva e Inexistencia de vulneración de derechos colectivos propuestas por el Departamento de Caldas**, debido a que en materia de gestión de riesgos tiene competencias de coordinación, subsidiariedad y concurrencia frente al municipio de Manizales.

§91. Por lo que se protegerán los derechos colectivos al ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, de la comunidad en la vereda la Pueblo Hondo de Manizales.

2.8. De las órdenes de amparo

§92. De acuerdo con las acciones identificadas para atender los riesgos reconocidos, se dispondrán las siguientes órdenes:

§92.1. El municipio de Manizales deberá:

§92.1.1. En el plazo de seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia:
(i) identificar los usos inadecuados de los suelos en la vereda Pueblo Hondo

como en las zonas en donde se presentaron el hundimiento en 2010 y el deslizamiento en 2019; **(ii)** en coordinación con Corpocaldas, identificar el estado de las rondas y cauces hídricos, como de las zonas de protección forestal, y las zonas que requieran de coberturas vegetales; **(iii)** realizar un diagnóstico de las zonas que requieran estabilización, como también de las vías que requieran del mantenimiento de cunetas, transversales, drenes con descoles con la correcta entrega de aguas a los sitios correspondientes.

§92.1.2. En el año siguiente a la ejecutoria de la sentencia, adelantará un programa de educación, socialización y actividades con la comunidad de la vereda Pueblo Hondo en torno a: **(i)** manejo adecuado de los usos del suelo, como el cuidado de los recursos naturales, las rondas hídricas, y las zonas de protección, entre ellas la forestal, en coordinación con Corpocaldas; **(ii)** obras de manejo de aguas lluvias dentro de las viviendas y predios, como la correcta entrega de aguas a los sitios correspondientes; y, **(iii)** la realización de las coberturas vegetales donde se requiera.

§92.1.3. En los dos años siguientes a la ejecutoria de la sentencia: **(i)** adelantar las actuaciones administrativas y presupuestales como la ejecución de las obras que requieran las zonas desestabilizadas como de las vías, según el diagnóstico previsto en el párrafo §92.1.1; **(ii)** realizar la evaluación de las acciones que efectúe la comunidad de la vereda para manejo adecuado de los usos del suelo, como el cuidado de los recursos naturales, las rondas hídricas, y las zonas de protección, entre ellas la forestal, de acuerdo con el programa de educación señalado en el anterior párrafo §92.1.2.

§92.1.4. Lo anterior sin perjuicio de las labores de policía civil y ambiental que le corresponda al municipio de Manizales y a Corpocaldas.

§92.2. CORPOCALDAS prestará asesoría al municipio de Manizales para: **(i)** identificar el estado de las rondas y cauces hídricos, como de las zonas de protección forestal, y las zonas que requieran de coberturas vegetales; y, **(ii)** manejo adecuado de los usos del suelo, como el cuidado de los recursos naturales, las rondas hídricas, y las zonas de protección, entre ellas la forestal.

§92.3. No se desvincula al Departamento de Caldas en razón a las competencias que tiene de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, respecto al municipio de Manizales, en la Prevención y Gestión del Riesgo.

§92.4. EXHORTAR a la comunidad de la vereda la Pueblo Hondo para que realice en los predios de su propiedad, posesión y tenencia, el adecuado uso del suelo en sus predios, la protección de las rondas hídricas y las zonas de protección, como el correcto manejo de las aguas lluvias y su debida disposición final.

§93. Conformación del Comité de Verificación

De conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, y a efectos de verificar el cumplimiento de las órdenes se conformará el Comité de Verificación conformado por: **(i)** el representante del Ministerio Público; **(ii)** el delegado de la Defensoría del Pueblo; **(iii)** el representante del Alcalde del municipio de Manizales; **(v)** el delegado de

Corpocaldas; **(vi)** un delegado de los demandantes; y **(vii)** el Magistrado ponente, quien lo presidirá. El municipio deberá presentar al Tribunal informes semestrales sobre el cumplimiento de la sentencia. El comité de verificación sesionará cada vez que sea requerido o sea necesario, según los informes presentados por el municipio de Manizales.

Condena en costas

§60. En cuanto a las costas en las acciones populares previstas en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, por remisión al CGP, la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en sentencia del 6 de agosto de 2019⁵⁸, unificó jurisprudencia sobre la condena en costas así:

2.1 El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

2.2 También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya obrado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibídem.

2.3 Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan- n relación con los auxiliares de la justicia.”

§94. Debido a que en el presente asunto se verificó que tanto la comunidad, entre ellos los demandantes, como las entidades tienen responsabilidades en la protección de los derechos colectivos, no se condenará en costas en esta instancia.

§95. La parte resolutive de la presente sentencia será publicada en un diario de amplia circulación en el municipio de Manizales, a cargo del municipio de Manizales.

§61. Por lo anteriormente expuesto, **esta Sala de Decisión del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,**

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

SENTENCIA:

PRIMERO: DECLÁRESE no probadas las excepciones de: (i) falta de requisito de procedibilidad propuesta por el municipio de Neira y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; (ii) Improcedencia de la acción popular para la protección de contenido subjetivo de naturaleza patrimonial y Falta de legitimación en causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita propuestas por Corpocaldas; (iii) Falta de legitimación en causa por pasiva e Inexistencia de vulneración de derechos colectivos propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: DECLÁRESE probadas las siguientes excepciones: (i) las excepciones de falta de legitimación en la causa propuestas por la Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, como por el Servicio Geológico Colombiano, el municipio de Neira, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Unidad Nacional de Gestión del Riesgo y la Empresa Reforestadora el Guásimo; (ii) parcialmente probada la excepción de culpa de la comunidad propuesta por el municipio de Manizales.

TERCERO: Proteger los derechos colectivos al ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, de la comunidad en la vereda la Pueblo Hondo del municipio de Manizales.

CUARTO: ORDÉNESE a las siguientes entidades y a la comunidad:

4.1. AL MUNICIPIO DE MANIZALES:

4.1.2. En el plazo de seis meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia: **(i)** identificar los usos inadecuados de los suelos en la vereda Pueblo Hondo como en las zonas en donde se presentaron el hundimiento en 2010 y el deslizamiento en 2019; **(ii)** en coordinación con Corpocaldas, identificar el estado de las rondas y cauces hídricos, como de las zonas de protección forestal, y las zonas que requieran de coberturas vegetales; **(iii)** realizar un diagnóstico de las zonas que requieran estabilización, como también de las vías que requieran del mantenimiento de cunetas, transversales, drenes con descoles con la correcta entrega de aguas a los sitios correspondientes.

4.1.3. En el año siguiente a la ejecutoria de esta sentencia, adelantará un programa de educación, socialización y actividades con la comunidad de la vereda Pueblo Hondo en torno a: **(i)** manejo adecuado de los usos del suelo, como el cuidado de los recursos naturales, las rondas hídricas, y las zonas de protección, entre ellas la forestal, en coordinación con Corpocaldas; **(ii)** obras de manejo de aguas lluvias dentro de las viviendas y predios, como la correcta entrega de aguas a los sitios correspondientes; y, **(iii)** la realización de las coberturas vegetales donde se requiera.

4.1.4. En los dos años siguientes a la ejecutoria de esta sentencia: **(i)** adelantar las actuaciones administrativas y presupuestales como la ejecución de las obras que requieran las zonas desestabilizadas como de las vías, según el diagnóstico previsto en el párrafo §92.1.1; **(ii)** realizar la evaluación de las acciones que efectúe la comunidad de la vereda para manejo adecuado de los usos del suelo, como el cuidado de los recursos naturales, las rondas hídricas, y las zonas de protección, entre ellas la forestal, de acuerdo con el programa de educación señalado en el anterior párrafo §92.1.2.

PARÁGRAFO: Lo anterior sin perjuicio de las labores de policía civil y ambiental que le corresponda al municipio de Manizales y a Corpocaldas.

4.2. A la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS: prestar asesoría al municipio de Manizales para: **(i)** identificar el estado de las rondas y cauces hídricos, como de las zonas de protección forestal, y las zonas que requieran de coberturas vegetales; y, **(ii)** manejo adecuado de los usos del suelo, como el cuidado de los recursos naturales, las rondas hídricas, y las zonas de protección, entre ellas la forestal.

4.3. No se desvincula al Departamento de Caldas en razón a las competencias que tiene de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, respecto al municipio de Manizales, en la Prevención y Gestión del Riesgo.

4.5. EXHORTAR a la comunidad de la vereda la Pueblo Hondo del municipio de Manizales, para que realice en los predios de su propiedad, posesión y tenencia, el adecuado uso del suelo en sus predios, la protección de las rondas hídricas y las zonas de protección, como el correcto manejo de las aguas lluvias y su debida disposición final.

QUINTO: No se condena en costas en esta instancia.

SEXTO: De conformidad con el artículo 34 de la Ley 472 de 1998, y a efectos de verificar el cumplimiento de las órdenes se conformará el Comité de Verificación conformado por: **(i)** el representante del Ministerio Público; **(ii)** el delegado de las Defensoría del Pueblo; **(iii)** el representante del Alcalde del municipio de Manizales; **(v)** el delegado de Corpocaldas; **(vi)** un delegado de los demandantes; y **(vii)** el Magistrado ponente, quien lo presidirá. El municipio deberá presentar al Tribunal informes semestrales sobre el cumplimiento de la sentencia. El comité de verificación sesionará cada vez que sea requerido o sea necesario, según los informes presentados por el municipio de Manizales.

SÉPTIMO: La parte resolutive de la presente sentencia será publicada en un diario de amplia circulación en el municipio de Manizales, a cargo del municipio de Manizales.

OCTAVO: En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998, REMITASE copia auténtica de esta decisión a la Defensoría del Pueblo y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

NOVENO: Una vez ejecutoriada esta providencia, háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y Cúmplase

Los Magistrados,



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN