

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 211

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-007-2014-00664-02
Naturaleza: Reparación Directa
Demandante: Jhon Nelver Flórez y otros
Demandados: Nación – Ministerio de Defensa-Ejército Nacional

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

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones

Solicitó que se declare responsable a la entidad demandada por los perjuicios ocasionados al señor Jhon Nelver Flórez González -en adelante JNFG- y a su núcleo familiar¹, a raíz de las lesiones sufridas como conscripto militar el 5 de junio de 2013. Que por lo anterior, se ordene a la demandada pagar las indemnizaciones pertinentes con el fin de resarcir los perjuicios morales², materiales³ y daño a la salud⁴.

1.2. Hechos

Se indica en síntesis que, JNFG fue incorporado al Ejército Nacional – Batallón de Infantería No. 22, en calidad de soldado regular. Que el 5 de junio de 2013, encontrándose en el municipio de Salamina y en ejercicio de sus funciones, el soldado Rubén Darío Duque Giraldo disparó su arma de dotación en contra del señor JNFG, causándole graves lesiones.

Que por las anteriores circunstancias, el soldado Duque Giraldo le fue impuesta pena privativa de la libertad de 24 meses por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Salamina.

2. Contestación de la demanda

Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la parte demandante, argumentando en su defensa que, se trata de actos propios del servicio,

¹ Sandra Milena Flórez González (madre), Luis Ubaldo Jiménez Giraldo (Padre de crianza), Jorge Arturo Jiménez Flórez, Laura Andrea Jiménez Flórez, David Jair Flórez González (hermanos) y Teresa Lara Caicedo (bisabuela)

² Tasados en 100 SMMLV para la víctima y sus padres y 50 SMMLV para los demás demandantes.

³ Solicitó indemnización por lucro cesante, teniendo en cuenta pérdida de la capacidad laboral que se determine en el proceso

⁴ Estimados en 300 SMMLV.

inherentes a la actividad militar.

Que además se configuran la culpa exclusiva de la víctima, caso fortuito, por cuanto se dio una situación accidental que en nada toca la esfera de responsabilidad de la Administración.

Sostuvo además que, no es posible establecer una indemnización porque no se ha determinado cuál es el porcentaje de pérdida de capacidad laboral.

2. Sentencia de primera instancia

El *a quo* accedió a las pretensiones de la parte demandante, por lo que declaró a la demandada responsable por los daños antijurídicos ocasionados al señor JNFG, en consecuencia dispuso: *“Condenar en abstracto a la Nación Ministerio de Defensa Ejército Nacional al pago de los siguientes conceptos”*:

*“A favor de Jhon Nelver Flórez González el monto que resulte probado en el trámite incidental por concepto de **daño a la salud** derivado de las lesiones padecidas conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.*

*A favor de Jhon Nelver Flórez González, Sandra Milena Flórez González, Luis Ubaldo Jiménez Giraldo, Jorge Arturo Jiménez Flórez, Laura Andrea Jiménez Flórez, David Jair Flórez González y Teresa Caicedo Lara a pagar a los demandantes los montos que resulten probados en el trámite incidental, por concepto de **perjuicio moral** derivado de las lesiones padecidas por Jhon Nelver Flórez González, conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia. A favor de Jhon Nelver Flórez González a los perjuicios que resulten probados en el trámite incidental, por concepto de **lucro cesante consolidado y futuro** según lo explicado en el respectivo acápite de esta providencia.*

Estos perjuicios deberán liquidarse mediante el trámite incidental regulado en el artículo 283 del Código General del Proceso, el cual deberá promoverse por los interesados dentro del término de sesenta (60) días contados desde la ejecutoria de esta sentencia y resolverse con sujeción a las pautas indicadas en la parte motiva de esta sentencia”.

Para dar base a la decisión, realizó un análisis fáctico y jurisprudencial del caso, para luego afirmar que, el señor JNFG sufrió el daño mientras se encontraba prestando su servicio como soldado, por lo cual imputó el daño a la demandada a título de daño especial, en atención a que la víctima ingresó al Ejército en calidad de soldado regular, por lo que el Estado se encontraba en la obligación de devolverlo a su familia y a la sociedad en las mismas condiciones en las que ingresó al servicio.

En cuanto a los perjuicios por daño a la salud señaló que, solamente se reconoce a la víctima directa en una cuantía que no supera los 100 salarios mínimos y que, como la víctima directa no ha sido sometida a una valoración para establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, lo cual impide la cuantificación económica de los daños, condenó en abstracto, por lo que señaló que:

“El trámite incidental deberá ser adelantado a petición de la parte demandante con sujeción a los siguientes parámetros para su liquidación i) se debe probar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que sufrió el señor Jhon Nelver Flórez González con ocasión de las lesiones que se le causaron el 05 de junio de 2013, pérdida que debe ser determinada por la Junta Médica Laboral Militar.; y ii) el monto a reconocer se fijará de acuerdo con los criterios establecidos en

el gráfico relacionado en este acápite”.

En cuanto al perjuicio moral señaló que, si bien esta probada su existencia, no fue allegada la calificación de pérdida de capacidad laboral; por esta razón no obran los medios de convicción idóneos para determinar su cuantificación, por lo que:

“El trámite incidental deberá ser adelantada a petición de la parte demandante con sujeción a los siguientes parámetros para su liquidación i) se debe probar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que sufrió el señor Jhon Nelver Flórez González con ocasión de las lesiones que se le causaron el 05 de junio de 2013, pérdida que debe ser determinada por la Junta Médica Laboral Militar.; y ii) el monto a reconocer se fijará de acuerdo con los criterios establecidos en el gráfico relacionado en este acápite y a los niveles establecidos para cada uno de los demandantes”.

En cuanto a los perjuicios materiales señaló que, la jurisprudencia admite que para el caso de los soldados conscriptos la prestación del servicio en si puede asimilarse a una actividad laboral, por lo que, es procedente reconocer los perjuicios materiales reclamados; sin embargo, no fue allegado dictamen pericial o calificación de la capacidad laboral por lo que también para esta modalidad de perjuicios se condenará en abstracto, con las siguientes pautas:

“En el evento de que exista pérdida de capacidad laboral y el resultado arroje un porcentaje inferior al 50 %, se tomará el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos (05 de junio de 2013). A este rubro se le calcula el porcentaje de la invalidez y el monto resultante será el salario base de liquidación. El tiempo a indemnizar será el comprendido entre el 05 de junio de 2013 hasta la fecha de su vida probable, conforme a las proyecciones anuales de población por sexo y edad, previstas en la Resolución 1555 de 201032.

En cambio, si el dictamen acredita una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, se tomará como base de liquidación el salario mínimo completo. El tiempo a indemnizar será el mismo que en la hipótesis anterior.

No se reconocerá el 25% adicional que corresponde a prestaciones sociales porque a pesar de que los testigos mencionaron que Jhon Nelver Flórez González trabajaba para su padre, no se comprobó que existía una relación formal de carácter laboral y que devengaba todos los emolumentos legales.”⁵

3. Recurso de apelación

La **parte actora** solicitó modificar la sentencia para que en su lugar se condene en concreto a los máximos Jurisprudenciales, habida consideración que luego de todo lo vivido, la víctima ha sido sujeto pasivo de una amputación, con las consecuencias que de ello se derivan.

Al respecto señaló que, discrepa de la condena en abstracto, por haber sido imposible obtener el dictamen de pérdida de capacidad laboral por la Junta Militar por los numerosísimos inconvenientes surgidos en ese trámite y los cuales fueron reseñados en el escrito de conclusión, no resultándole imputable la no recolección de este medio probatorio, para lo cual relaciona todo lo realizado para la obtención de la prueba.

⁵ Pág. 23 AD “25”

Que no se requieren mayores especulaciones ni elucubraciones, para entender que, en el tema del daño a la salud, por ejemplo, no resulta aplicable una suma de 100 SMMLV, porque como bien lo anotó el operador jurídico en primera instancia, este daño debe liquidarse atendiendo los criterios objetivos, derivado de la pérdida de capacidad laboral, y el subjetivo, aplicable en caso de suprema gravedad, como el presente, que permite incrementar la cuantía de la indemnización hasta 400 SMMLV.

Que en lo atinente a los perjuicios morales, también se puede determinar su cuantificación a partir de las pruebas aportadas; y en el daño material, en eventos similares, una lesión y pérdida de extremidad de esta naturaleza, ha hecho posible la determinación de un porcentaje superior al 50%.

III. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Fue adecuada la imposición de condena en abstracto, o por el contrario, las pruebas aportadas permiten cuantificar el monto de los perjuicios?*

Para resolver el interrogante planteado, se analizará, i) el fundamento jurídico sobre la condena en abstracto, para descender al ii) caso concreto.

2. Fundamento jurídico – Condena en abstracto

El artículo 193 del CPACA, establece lo siguiente:

*“ARTÍCULO 193. CONDENAS EN ABSTRACTO. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, **perjuicios** y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, **cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil.***

<Inciso modificado por el artículo 87 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea”.

Sobre la procedencia de la condena en abstracto, el Consejo de Estado⁶ ha señalado:

“56. Frente a los perjuicios materiales que sufrieron los demandantes, el fallador de primera instancia decidió, con base en la inspección judicial practicada y ante la procedencia de la objeción por error grave del dictamen pericial, condenar en abstracto ante la imposibilidad de cuantificar los perjuicios derivados del daño que encontró acreditado.

Al respecto se debe señalar que, aunque la condena en abstracto debe ser un recurso excepcional, en este caso resulta procedente, esto: 1) ante la acreditación del daño sufrido; 2) la existencia de un medio de prueba directa como la inspección judicial, que permitió que el Magistrado

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 3 de noviembre de 2020. Radicación número: 05001-23-31-000-1999-00654-01(46633)

constatara, además de las diversas afectaciones del predio -con base en las cuales se debía adelantar el incidente de condena en abstracto-, que las fotografías que obraban en el expediente, y que daban cuenta de la magnitud de la afectación, sí correspondían al lugar de los hechos; 3) la imposibilidad de conocer la cuantificación de los perjuicios (situación que no se originó en la falta de cumplimiento de las cargas probatorias del demandante, sino en una situación ocurrida dentro del proceso)".

3. Análisis sustancial del caso concreto

El fallo de primera instancia condenó en abstracto, señalando que la víctima directa no ha sido sometida a una valoración para establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, lo cual impide determinar la cuantificación económica de los perjuicios. En cuanto al daño a la salud señaló que, solamente se reconoce a la víctima directa en una cuantía que no supera los 100 salarios mínimos y que estaría sujeta al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que se establezca en el trámite incidental. En cuanto a los perjuicios morales y materiales fijó las pautas para su cuantificación.

La parte actora discrepo del fallo aduciendo que, ha sido imposible obtener el dictamen de pérdida de capacidad laboral por la Junta Militar por los numerosísimos inconvenientes surgidos en ese trámite y que además, en lo atinente al daño a la salud, debido a la gravedad, es posible incrementar la cuantía de la indemnización hasta 400 SMMLV, para ello trajo a colación una sentencia del Consejo de Estado⁷ en la que dispuso una indemnización del daño a la salud de 400 SMMLV a un soldado que había perdido una de sus extremidades inferiores, razón por la cual solicita se aplique en esta oportunidad. En lo atinente a los perjuicios morales, también se puede determinar su cuantificación a partir de las pruebas aportadas; y en el daño material, en eventos similares, una lesión y pérdida de extremidad, ha hecho posible la determinación de un porcentaje superior al 50%.

En cuanto al daño a la salud, la Sala encuentra que, el Consejo de Estado⁸ ha precisado que su cuantificación se determinaría con base en dos componentes: Uno objetivo y general, determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado, y Uno subjetivo y excepcional, que se aplica en casos de extrema gravedad y que permite incrementar el primer valor hasta en 400 SMMLV. En esa medida, dicha providencia estableció: *"...que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado..."*

Al respecto considera la Sala que, la decisión del *a quo* de reconocer a la víctima una cuantía que no supera los 100 SMMLV como indemnización por este concepto, está acorde con las pautas jurisprudenciales señaladas, pues no se encuentra demostrado que derivado del daño padecido por la víctima se generó una limitación casi absoluta de sus funciones o una variación extraordinaria del estado de salud, y que ello conlleve a reconocer una indemnización superior a los 100 SMMLV.

Por lo anterior la Sala encuentra motivos suficientes para mantener las pautas de indemnización señaladas por el *a quo* para la tasación del daño a la salud, razón por la cual no se modificará este punto del fallo.

En cuanto a los perjuicios morales y materiales, sostiene la parte apelante que, se puede determinar su cuantificación a partir de las pruebas aportadas; y en el daño material, en

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Rad: 05001232500019940002001. Actor: Antonio José Vigoya. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera. Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014. Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01172-01(31170)

eventos similares, una lesión y pérdida de extremidad, ha hecho posible la determinación de un porcentaje superior al 50%.

Así, a modo de ejemplo la parte actora refirió como prueba el Acta de la Junta Médica Provisional 6987 del 12 de junio de 2014 elaborada por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional⁹, documento en el cual se consignaron las siguientes conclusiones:

“IV. CONCLUSIONES

A- DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

1. HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN PIERNAS CON FRACTURA ABIERTA DE TIBIA Y PERONE BILATERAL VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA CON LAVADO QUIRURGICO, ESTABILIZACION DE TUTOR EXTERNO BILATERAL Y LIGADURA VASCULAR QUIEN CONCEPTUA QUE DEBE CONTINUAR IGUAL MANEJO CON TUTORES PENDIENTE CONCEPTO DEFINITIVO POR ORTOPEDIA RAZON POR LA CUAL SE LE REALIZA JUNTA MEDICA PROVISIONAL POR 1 AÑO. YA TIENE CONCEPTO POR CIRUGIA PLASTICA

B- DE ACUERDO AL DECRETO 1796 DE 2000 ART 44. PRESTACIONES

ASISTENCIALES:

EL PERSONAL QUE TRATA EL PRESENTE DECRETO QUE SUFRA LESIONES O PADEZCA DE UA ENFERMEDAD. TIENE DERECHO A LAS SIGUIENTES PRESTACIONES ASISTENCIALES POR EL TIEMPO NECESARIO PARA DEFINIR SU SITUACIÓN MÉDICO-LABORAL, SIN PERJUICIO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS QUE LE CORRESPONDAN ASÍ: 1. ATENCIÓN MÉDICO-QUIRÚRGICA 2, MEDICAMENTOS EN GENERAL 3. HOSPITALIZACIÓN SI FUERE NECESARIA 4, REHABILITACIÓN QUE COMPRENDE REEDUCACIÓN DE LOS ÓRGANOS LESIONADOS, SUSTITUCIÓN O COMPLEMENTO DE ÓRGANO; MUTILADOS MEDIANTE APARATOS PROTÉSICOS U ORTOPÉDICOS CON SU CORRESPONDIENTI SUSTITUCIÓN Y/O MANTENIMIENTO VITALICIO.”

Así mismo hizo referencia al Informe Pericial de Clínica Forense DSCLD-DROCC-00314-C-2014¹⁰, elaborado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el cual se indicaron las siguientes conclusiones:

“ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

Mecanismo traumático de lesión: Proyectoil Arma de Fuego. Incapacidad médico legal DEFINITIVA CIENTO CINCUENTA (150) DÍAS. SECUELAS MÉDICO LEGALES: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente. Perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter permanente. Perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente. Perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente.”

Al respecto, encuentra la Sala que, las pruebas referidas por la parte demandante en su recurso, lo que demuestran es la existencia del daño y las secuela generadas por la lesión física, más no son suficientes para acreditar el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y que permita cuantificar el monto de los perjuicios morales y materiales, los cuales, para los casos de lesiones físicas se encuentran sujetos a la gravedad de la lesión, para lo cual constituye un parámetro, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral sufrida por el

⁹ Pág. 40-42 AD “01”

¹⁰ Pág. 473-474 ibidem

lesionado.¹¹

Por lo anterior, es que surge la necesidad de establecer el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del demandante, ello, a su vez, para establecer de acuerdo con las reglas jurisprudenciales establecidas en la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014¹², la gravedad de la lesión y, de esa manera tasar los perjuicios sufridos por la víctima y su núcleo familiar.

En ese entendido, sobre la trascendencia de ese medio de prueba, el Consejo de Estado¹³ en la citada providencia señaló lo siguiente:

“En relación con la indemnización de perjuicios morales, cuando el daño proviene de lesiones causadas a la integridad sicofísica, psíquica o psicológica de las personas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 57, definió que el juez administrativo efectuaría su reconocimiento, dependiendo de la gravedad de la lesión y del grado de parentesco o de cercanía que cada uno de los demandantes tuviera con la persona lesionada, para lo cual constituye un parámetro el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral sufrida por el lesionado, así:

GRAFICO No. 2					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro. “ (se destaca)

En igual medida, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha recalcado que: ***“...la falta de pruebas que den certeza para la cuantificación de los perjuicios no es obstáculo para acceder a las pretensiones de condena, ya que es posible realizar una condena genérica o en abstracto, prevista en el artículo 172 del CCA¹⁴ (...).”¹⁵*** (se destaca)

¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, expediente 31172.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 31172.

¹³ Ibidem

¹⁴ hoy artículo 193 del CPACA

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 14 de julio de 2023. Radicación: 68001-23-31-703-2009-00064-00 (54752)

Y en casos similares al que hoy se discute, el Consejo de Estado ha sostenido que: *“...Conviene señalar que, si bien reposan unos informes técnicos médico legales de lesiones no fatales, dictados por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Santander, en los que consta algunas incapacidades médicas, la Subsección considera que no puede tener en cuenta esa documental para condenar en concreto el perjuicio, en la medida en que, se reitera, la condena en primera instancia fue en abstracto.”*¹⁶ (se destaca)

Así las cosas, si bien es cierto existen suficientes pruebas que acreditan las lesiones sufridas por JNFG, no se cuenta con dictamen pericial, certificado o algún dictamen médico que determine con claridad y valore la gravedad de las lesiones y las secuelas sufridas por el demandante. Ese vacío probatorio respecto al grado de las lesiones no permite motivar, en esta oportunidad, la gravedad o levedad de las lesiones y, a su vez, determinar el correspondiente nivel de indemnización por las lesiones que padeció el señor Flórez.

Así mismo, no es posible establecer un porcentaje de pérdida de capacidad laboral por parte de este Juez Plural, bajo el argumento expuesto por el recurrente, de que en algunos casos similares se ha determinado el 50%, ello por cuanto, la determinación de pérdida de la capacidad laboral, obedece a una valoración multidisciplinario que implica valoración médica, psicológica, entre otras, disciplinas, lo cual es diáfano, escapa a la esfera de conocimiento de esta Corporación.

Así las cosas, la Sala recalca que se probó el daño pero no su quantum, por ende, considera acertado -como lo indicó el fallo de primera instancia-, dictar una condena en abstracto para que en el incidente determine las lesiones padecidas por las víctimas directas, sus características, magnitud y gravedad y si les ocasionaron una perturbación orgánica o funcional permanente o transitoria, máxime si se tiene un cuenta como lo aduce el mismo demandante en su recurso de apelación que el señor JNFG, existe *“la recomendación de amputación supracondílea de la extremidad inferior derecha.”* (sic).

4. Conclusión

De acuerdo al análisis precedente, se confirma la sentencia de primera instancia, en tanto emitió una condena en abstracto o genérica, por cuanto, las pruebas practicadas en el proceso no permiten determinar con claridad la gravedad de las lesiones y las secuelas sufridas por el demandante y que permita la cuantificación económica de los perjuicios.

5. Costas en esta instancia

No se condenará en costas en esta instancia, de conformidad con el artículo 365 del CGP, toda vez que no se encuentra acreditada su causación.

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: Confirmar la sentencia del 27 de junio de 20023 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovida por Jhon Nelver Flórez González contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2021. Radicación número: 68001-23-31-000-2008-00106-01(45667)

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen y **hacer** 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. 54 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 Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001-23-33-000-2016-00155-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Willington de Jesús Giraldo Rendón
Demandado:	UGPP
Providencia:	Sentencia No. 164

La Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia, dentro del proceso de **Nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Willington de Jesús Giraldo Rendón** contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social– UGPP**.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte demandante que por esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

“Declarar que es nula la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, proferida por Subdirectora de Determinación de Derechos de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP mediante la cual se negó a mi mandante el Reconocimiento y Pago de la Pensión Gracia de Jubilación, consagrada en la Ley 114 de 1913.

Declarar que es nula la Resolución No. RDP 031039 del 29 de julio de 2015, suscrita por la Directora de Pensiones de LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES – UGPP por medio de la cual se resolvió el Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, providencia que confirmó en todas sus partes el acto impugnado.

Condenar a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP - a que reconozca y pague en favor de mi mandante una Pensión Gracia de Jubilación a partir del 07 de abril de 2010, en cuantía inicial de \$1.556.118.62.

Ordenar a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP - para que sobre la pensión reconocida se paguen los reajustes por concepto de la Ley 100 de 1993.

Condenar a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES a que sobre las sumas a que resulte condenada a pagar a mi mandante, le reconozca y pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor, y tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A.

Ordenar a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES a que dé cumplimiento al fallo en los términos del 192 del C.P.A.C.A., es decir, en el plazo de diez (10) meses con la correspondiente liquidación de intereses moratorios a la tasa equivalente al DTF desde su ejecutoria.

Condenar a la entidad demandada a que si no da cumplimiento al fallo dentro del término de diez (10) meses, pague intereses moratorios a la tasa comercial, conforme a lo establecido en el artículo 195 del C.P.A.C.A.

Condenar en costas a la entidad demandada, conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A.

2. Hechos.

Se afirma en la demanda que el señor Willington de Jesús Giraldo Rendón ha venido prestando sus servicios en el Departamento de Caldas - Secretaría de Educación como docente nacionalizado, así:

- Del 04 de agosto de 1980 al 31 de agosto de 1980, como docente interino, según Decreto Departamental 0912 del 20 de octubre de 1980;
- Del 28 de octubre de 1981 al 14 de noviembre de 1981, como docente interino, según Decreto Departamental 0106 del 16 de febrero de 1981;
- Del 15 de noviembre de 1981 al 13 de noviembre de 2014 (fecha de expedición del último certificado de tiempo de servicios), como docente en propiedad.

El demandante nació el día 7 de abril de 1960, luego cumplió cincuenta años de edad el día 7 de abril de 2010. Así mismo, cumplió veinte años de servicio el 28 de septiembre de 2001.

En escrito presentado el 22 de diciembre de 2014, el actor solicitó ante el ente demandado el reconocimiento y pago de su pensión gracia de jubilación de conformidad con lo señalado en las Leyes 114 de 1913 y 37 de 1933.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, mediante Resolución RDP 013438 del 8 de abril de 2015, suscrita por la Subdirectora de Determinación de Derechos Pensionales, negó el reconocimiento y pago de la Pensión de Gracia impetrada por el demandante argumentando que su nombramiento es de carácter nacional y que de acuerdo con la Ley 114 de 1913 y la Sentencia C-479 de 1998 de la Corte Constitucional, no es admisible el cómputo del tiempo laborado del 04 de agosto de 1980 al 31 de agosto de 1980 y del 28 de octubre de 1981 al 14 de noviembre de 1981, "*... por cuanto su vinculación a la docencia fue de carácter NACIONAL*". Dentro de las consideraciones esbozadas por el ente demandado en la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, se establece que, si bien durante el lapso antes mencionado el accionante desarrolló su labor en plazas nacionalizadas, sus servicios fueron pagados por FER con recursos de la Nación, lo que a juicio del ente demandado lo convierte automáticamente en un docente con vinculación nacional.

Contra la anterior decisión se interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. RDP 031039 del 29 de julio de 2015, providencia que confirmó en todas sus partes el acto impugnado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Considera vulnerados:

Constitución Política: Artículos 2°, 25° y 58°

Código Civil: Artículos 27°, 30° y 31°

Ley 4a. de 1966: Artículo 4°

Ley 114 de 1913: Artículos 1° a 4°

Ley 37 de 1933: Artículo 3°

Ley 91 de 1989

Ley 39 de 1903: Artículos 3°, 4° y 13°

Decreto No. 435 de 1971

Decreto 446 de 1973 Decreto 1221 de 1975

Ley 4a. de 1976: Artículos 1° y 2°

Código Sustantivo del trabajo: Artículo 21°

Ley 153 de 1887: Artículo 2°

Ley 60 de 1993

Decreto 196 de 1995, artículo 2°

Manifiesta la parte demandante que no es cierto que su vinculación sea de carácter nacional pues la experiencia acreditada es del orden Departamental o Nacionalizado tal y como se demuestra con los Decretos Departamentales Nos. 0912 del 20 de octubre de 1980 y 0106 del 16 de febrero de 1981, por medio de los cuales se le reconoce la prestación de sus

servicios del 4 de agosto de 1980 al 31 de agosto de 1980 y del 28 de octubre de 1981 al 14 de noviembre de 1981; servicios que prestó en plazas nacionalizadas. Sin embargo, indica que estos documentos no fueron valorados por el ente demandado en debida forma; de haberlo hecho, fácilmente hubiera podido establecer que el nombramiento del actor fue de carácter departamental pues, en primer lugar, el acto de vinculación fue expedido por el departamento y, en segundo lugar, porque el carácter de educación nacional o territorial está plenamente definido en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989.

Estima que uno de los requisitos primordiales para el reconocimiento de la Pensión Gracia, es el tipo de vinculación, es decir, que la misma sea departamental, municipal o distrital y teniendo en cuenta que el nombramiento del demandante no fue hecho por el Ministerio de Educación Nacional, entonces queda plenamente demostrado que aquel cumple con todos los requisitos exigidos en la Ley 114 de 1913 al acreditar veinte años de servicios como docente territorial- nacionalizado.

Agrega que, la negativa de la entidad demanda se sustenta en el hecho de que en certificado expedido por la Gobernación de Caldas se señala que los reconocimientos efectuados se realizaron a través del FER con recursos de la Nación, lo que le da ipso facto el carácter de nacional, interpretación que hace el ente demandado de manera sesgada y restrictiva. Si bien es cierto que los pagos se realizaron a través del FER esto no le da per se la calidad de nacional pues, como se ha demostrado, su vinculación se dio por un acto de carácter departamental.

4. Contestación de la demanda.

Se opone a las pretensiones de la parte demandante. Frente a los hechos, insiste en que el demandante prestó sus servicios como docente nacional y que obra constancia de información laboral expedida por la secretaría de Educación de Caldas N° 4421 en fecha 14 de noviembre de 2014, mediante la cual se informa que aquel fue vinculado mediante Decreto N° 0912 de 20 de octubre de 1960 y N° 0106 de 16 de febrero de 1981 a partir del 28 de octubre de 1981 en el cargo de docente, cubriendo una licencia. Adicionalmente dichos certificados señalan textualmente que: "*SU VINCULACIÓN Y PAGO SE EFECTUÓ POR RECONOCIMIENTO POR SERVICIOS PRESTADOS EN EL RAMO DE LA EDUCACIÓN EN PLAZAS NACIONALIZADAS PAGADOS A TRAVÉS DEL "FER" CON RECURSOS DE LA NACION.*"

Agrega que, consultada la base de información del FOMAG, se evidencia que fue vinculado a partir del 26 de octubre de 1981 con financiación del Situado Fiscal/ Presupuesto de Ley 1991. Luego señala que, obra en el plenario administrativo, certificado de información laboral expedido por la Secretaría de Educación de Caldas N° 4085 en fecha 13 de noviembre de 2014, indicando que el señor Giraldo Rendón fue vinculado a partir de 1 de octubre de 1981 en el cargo de docente con vinculación nacionalizado.

Insiste en que al demandante no le asiste derecho a la pensión de jubilación gracia, pues se evidenció que una parte del tiempo de servicio fue financiada por el Fondo Educativo Regional de Caldas "Fer", por lo que durante el mismo ostentó la calidad de docente nacional, siendo esto incompatible con la pensión gracia.

Propone como excepciones las que denominó: "Inexistencia de la obligación y cobro delo no debido", "Buena fe", "Prescripción" y "La genérica".

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Insiste en que los actos aportados dan cuenta que los nombramientos hechos al demandante se originaron directamente en la Gobernación de Caldas, por lo tanto, resultan perfectamente válidos para el reconocimiento de la Pensión Gracia. Recuerda que el tipo de vinculación, nacional o territorial, está definida en el artículo 19 de la Ley 91 de 1989 y está debidamente probado dentro del plenario que el nombramiento hecho a la parte actora no fue realizado por el Ministerio de Educación Nacional.

En cuanto al origen de los recursos, afirma que el Consejo de Estado se pronunció de manera definitiva a través de la Sentencia de Unificación SUJ-11-52 del 21 de junio de 2018, dentro del proceso No. 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014) con ponencia del doctor Carmelo Perdomo Cuéter, providencia que no deja la menor duda sobre el tipo de vinculación de aquellos docentes que fueron pagados con recursos del Situado Fiscal y luego con los provenientes del Sistema General de Participaciones pues precisa que al ingresar estos dineros al presupuesto de los entes territoriales, primero en calidad de cesionarias (Situado Fiscal) y después como destinatarios directos (Sistema General de Participaciones) los mismos pasan a ser propiedad exclusiva de los entes territoriales.

Concluye que, habida consideración que el demandante fue nombrado directamente por el departamento de Caldas - hechos soportados en los diferentes actos administrativos departamentales que obran dentro del plenario -, que fue pagado con recursos del propios del ente territorial mencionado, que se desempeñó por más de veinte (20) años como docente y tiene más de 50 años de edad, no cabe la menor duda que cumple con todas las condiciones establecidas en la ley y en la jurisprudencia que sobre el tema ha sentado el Consejo de Estado. Por lo anterior solicito se declare la nulidad de los actos acusados y se restablezca el derecho del demandante.

5.2. Parte demandada.

Indica que, una vez observados los documentos obrantes en el expediente administrativo, se evidencia que los tiempos comprendidos entre el 4 de agosto al 31 de agosto de 1980 y del

28 de octubre al 14 de noviembre de 1981, prestados por el actor en calidad de docente en licencia al servicio de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de computar los tiempos para el reconocimiento de la pensión gracia, considerando que los mismos, a pesar de que fueron prestados en plazas nacionalizadas, fueron pagados a través del FER con recursos de la Nación, por lo tanto se entienden como tiempos prestación con vinculación del orden Nacional.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera que se deben desestimar las pretensiones del demandante, toda vez que la pensión gracia es una prestación única y exclusivamente de docentes del orden Nacionalizado, Distrital, Municipal, Departamental, con 20 años de servicios.

5.3. Concepto del Ministerio Público.

Indica que, de la revisión del acervo probatorio, se tiene que el demandante acreditó plenamente los requisitos necesarios para acceder a la referida prestación, como son el haber prestado los servicios como docente en planteles educativos del orden territorial por veinte (20) años, vinculado antes del 31 de diciembre de 1980, contar con 50 años de edad y observar una buena conducta en su desempeño como docente.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante mediante la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho**, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la UGPP le negó el reconocimiento de una pensión gracia.

La parte demandada se opone a tal pretensión, al considerar que el demandante no cumple con los requisitos legales para acceder a dicha prestación, comoquiera que no acredita 20 años completos de servicio como docente territorial o nacionalizado.

1. Problemas jurídicos a resolver.

Los problemas jurídicos se contraen a establecer lo siguiente:

1.1. ¿El demandante reúne la totalidad de los requisitos para acceder a la pensión gracia?

1.2. ¿El tiempo de servicio prestado por el demandante entre el 4 de agosto de 1980 y el 31 de agosto de 1980, y entre el 28 de octubre de 1981 y el 14 de noviembre de 1981, puede ser tenido en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión gracia?

Para resolver lo anterior, la Sala abordará los siguientes ítems: i) marco jurídico aplicable, las pruebas allegadas al proceso y iii) la solución al caso concreto.

2. Las normas que rigen el reconocimiento de la pensión gracia.

La Ley 114 de 1.913 dispuso reconocer a los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no inferior a veinte años, y que reunieran todos los requisitos exigidos por la ley, el derecho a una pensión de Jubilación Gracia vitalicia, consagrada en el artículo 4:

“Artículo 4. Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:

1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.

2. (Derogado por la ley 45 de 1913)

3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un Maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.

4. Que observe buena conducta.

5. (Derogado artículo 8 ley 45 de 1913)

6. Que ha cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.”
(Subrayado de la Sala).

En principio, la Ley 114 de 1913 otorgó a los maestros de escuelas primarias oficiales que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 4º, una pensión por servicios prestados a los departamentos y a los municipios, siempre que se comprobara *“que no reciben actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional”*.

Luego, la ley 116 de 1.928 extendió el aludido beneficio a los empleados y profesores de las Escuelas Normales y a los Inspectores de Instrucción Pública. Se autorizó en el artículo 6º de esta ley para completar el tiempo requerido, sumar los servicios prestados en diversas épocas, tanto en la enseñanza primaria como en la normalista, asimilando para tales efectos la inspección de instrucción pública a la enseñanza primaria.

La Ley 37 de 1933 en el artículo 3º determinó que las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto legislativo, quedarían nuevamente en la cuantía señalada por las leyes e hizo extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicios consagrados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.

La interpretación correcta que se le debe dar a la frase “hubieran completado” consignada en esta norma, ha sido objeto de varios pronunciamientos, tanto por los Tribunales como por el Consejo de Estado.

En efecto, en sentencia de 11 de marzo de 1.999¹, se precisó:

“... Una interpretación jurídica que indague no solamente por el sentido de las palabras, sino también por el significado del texto en su conjunto, teniendo en cuenta la conexión y posición del instituto jurídico en comento en el complejo normativo y las raíces u origen de los preceptos en su delimitado contexto, permite establecer, sin hesitación alguna, que cuando el legislador de 1933 utilizó el vocablo “completado”, pretendió no solamente señalar que para acceder a la prestación en comento se podría integrar el lapso correspondiente al desempeño de maestro en establecimientos de enseñanza secundaria (que igualmente exigía dotes especiales de constancia, abnegación y desinterés) al de escuelas primarias oficiales y al de escuelas normales, sino, inclusive, consumir todo el tiempo de servicios en aquella o, en escuelas normales. En este sentido se ha pronunciado en múltiples oportunidades la Sala....

“...en el fallo de 16 de junio de 1995, proferido dentro del expediente No.9538, se dijo: La correcta interpretación de la Ley 37 de 1.933 no es la restrictiva que hizo la Caja, en el sentido literal de añadir o sumar un tiempo a otro; el artículo 3° de dicha ley quiso conceder también a los maestros de secundaria en el orden municipal o departamental, con 20 años de servicio, la pensión gracia acordada para los de primaria, como lo hizo la Ley 116 de 1928 para los normalistas e inspectores en los mismos niveles”.(Gaceta Jurisprudencial, abril de 1.999, pág.61).

Por su parte, la Ley 91 de 1989, artículo 15, numeral 2, literal a), reiteró la vigencia del derecho a la pensión Gracia sólo para los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 y siempre que reunieran la totalidad de los requisitos legales. En efecto, la jurisprudencia ha señalado²:

“...Lo anterior permite precisar: i) la vigencia del derecho a la pensión gracia para aquellos docentes territoriales o nacionalizados vinculados antes del 31 de diciembre de 1980, siempre y cuando reúnan la totalidad de requisitos consagrados en la Ley para tal efecto; ii) la inexistencia de derecho alguno al respecto para los docentes nacionales; iii) la conclusión de dicho beneficio para los docentes territoriales o nacionalizados vinculados por primera vez a partir del 31 de diciembre de 1980; como también, iv) que la excepción que en cuanto a la pensión gracia permite la compatibilidad en el pago de dos pensiones de carácter nacional -pensión gracia y pensión ordinaria de jubilación- en virtud de la Ley 91 de 1989, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición, quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la Ley 43 de 1975, quienes deberán reunir en todo caso los demás requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913 para hacer efectivo dicho beneficio”. (Subraya la sala)

Lo anterior permite establecer que, para el disfrute de la pensión gracia, se deben reunir íntegramente los requisitos legales mencionados.

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda –

¹Consejero Ponente: Silvio Escudero Castro, Exp. 38287-2399-01.

²Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo / Sección segunda C.P. **GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN** / dieciocho (18) de febrero de dos mil diez (2010). / Rad. **2006-07030-01(2093-08)**

Subsección B, también ha precisado que para obtener el reconocimiento de la pensión de gracia, se requiere necesariamente **“haber prestado los servicios como docente en planteles departamentales, distritales o municipales por un término no menor de veinte (20) años y que estuviere vinculado antes del 31 de diciembre de 1980; haber cumplido cincuenta años de edad; y habersedesempeñado con honradez, consagración y buena conducta.”**³

Y frente al caso concreto que allí fue materia de debate, señaló la Alta Corporación:

“En el asunto sub examine existe controversia sobre el tipo de vinculación con el que la demandante laboró para el municipio de Manizales durante el interregno del 27 de julio de 1977 al 31 de diciembre de 1997, pues la demandada indica que de las certificaciones allegadas al expediente, contrario a lo determinado por el a quo, no es dable afirmar que aquel fue de naturaleza municipal.

Al respecto, se observa que el Tribunal de primera instancia accedió a las pretensiones, con fundamento en la certificación AGM-P-J-46 de 8 de febrero de 2007, en la que se consigna que la demandante laboró como maestra de primaria, adscrita a la secretaría de educación de Manizales, razón por la que concluyó que acreditaba un tiempo de servicios como docente municipal de 20 años, 5 meses y 4 días.

No obstante lo anterior, pese a que el a quo relacionó como medios probatorios las constancias expedidas por el líder de proyecto de la unidad de gestión humana de la alcaldía de Manizales, no tuvo en cuenta su contenido, toda vez que en ellas se indica que la demandante «[...] cumplió funciones de enseñanza de modistería, corte y confección en el programa de desarrollo social a la comunidad». De igual modo, que dictaba «[...] clases de corte y costura en el sector o comunidad que le sea asignada» y programaba y coordinaba «[...] capacitación en diferentes áreas en los sectores o comunas asignadas», entre otras tareas.

Asimismo, se advierte que en la sentencia apelada se omitió la valoración probatoria de la certificación AGM-PJ-82 de 14 de agosto de 2001, en la que se consigna que la accionante prestó sus servicios en la educación no formal; y la expedida el 5 de mayo de 1997 por el secretario de la comisión seccional del servicio civil del Departamento Administrativo de la Función Pública, que especifica que la actora el 2 de mayo de 1997 había sido inscrita en el registro público de empleados de carrera administrativa en el cargo de auxiliar I, código 5323, grado 6 de la aludida alcaldía.

Por otra parte, reposa en el plenario documento que da cuenta de que la demandante no se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que se demuestra también con las certificaciones emanadas de la alcaldía de Manizales, toda vez que en ellas se indica que los aportes a pensión de la actora se efectuaron al fondo de prestaciones sociales de ese ente territorial.

Así las cosas, esta Sala concluye que no se encuentra demostrado que la accionante se haya desempeñado como docente municipal de primaria, puesto que no se hace referencia al centro educativo en el cual desempeñó tal función, lo cual desconoce el requisito según el cual el maestro debe haber prestado sus servicios en planteles departamentales, distritales o municipales, por el contrario, se evidencia que esta cumplió sus labores, si bien adscrita a la alcaldía de Manizales, en programas de desarrollo social a la comunidad, los cuales se llevaban a cabo en el sector o comunidad que se le asignara, es decir, no hizo parte de una institución educativa oficial, razón por la que no está vinculada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

*Además de lo anterior, esta Sala ha dicho que «[...] si aceptáramos de manera plana, que la simple dependencia laboral con una entidad del orden territorial cual fuere su orden⁴, y el ejercicio de la docencia son suficientes para el reconocimiento de la pensión gracia, sería menoscabar su **definición filosófica**, según la cual, solo los*

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cueter. Cuatro (4) de octubre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 17001-23-33-000-2013-00572-01(2629-15)

⁴ Centralizada o descentralizada.

educadores que tuvieron ingresos inferiores, que históricamente fueron **los de primaria** que en principio dependían de las entidades territoriales⁵, tenían derecho a ella y que posteriormente se extendió al **nivel secundario**»⁶.

Por consiguiente, el hecho de que se haya comprobado que la actora prestó sus servicios como profesora, en virtud de un nombramiento efectuado por el municipio de Manizales (vinculación de carácter territorial), no implica per se que esa circunstancia la acredite para acceder al reconocimiento de la prestación social deprecada, puesto que para ello debía satisfacer, además, la condición de haber desarrollado sus funciones como docente en el nivel de básica primaria o secundaria en planteles departamentales, distritales o municipales, lo que se echa de menos en este asunto, por lo cual no es dable acceder a las pretensiones de la demanda.» /Resaltado de la Sala/

De esta forma procede la Sala a verificar las pruebas recaudadas en el proceso, y conforme a ellas, el cumplimiento de los requisitos legales por parte del demandante, señor Willington de Jesús Giraldo Rendón, para hacerse acreedor a la pensión gracia.

3. Pruebas allegadas a la actuación.

- Certificado No. 4421 del 14 de noviembre de 2014, expedido por el Departamento de Caldas, en el cual se da cuenta de las siguientes vinculaciones entre el demandante y el ente territorial, así:

Que el señor GIRALDO RENDON WILLINTON DE JESÚS, identificado con la cédula de ciudadanía Nro. 4.580.272 prestó sus servicios a esta entidad como docente, durante los siguientes periodos por la modalidad de RECONOCIMIENTO, pagados mediante decreto por servicios prestados en el ramo de la Educación, así:

Del 4 al 31 de agosto de 1980, seccional rural en Samaná, cubriendo licencia. Su pago se efectuó mediante Decreto No. 0912 de 20 de octubre de 1980. /rft/

Del 28 de octubre al 14 de noviembre de 1981, seccional en San Diego, por cubrimiento de licencia. Su pago se efectuó mediante Decreto Nro. 0106 de 16 de febrero de 1981. /rft/

SU VINCULACIÓN Y PAGO SE EFECTUÓ POR RECONOCIMIENTO POR SERVICIOS PRESTADOS EN EL RAMO DE LA EDUCACIÓN EN PLAZAS NACIONALIZADAS, PAGADOS A TRAVÉS DEL "FER" CON RECURSOS DE LA NACIÓN. /Archivo 001/

- Decretos No. 0912 del 20 de octubre de 1980 y No. 0106 de 1980, por medio de los cuales se hacen unos reconocimientos por servicios prestados en el Ramo de la Educación Primaria, entre otros al aquí demandante, con cargo al presupuesto del Fondo Educativo Regional – FER, suscritos por la Gobernadora del Departamento de Caldas, el Secretario de Educación de dicho ente territorial y el Delegado del Ministerio de Educación Nacional en Caldas. /Archivo 001/

- Formato Único para la Expedición de Certificado de Historia Laboral, expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en donde se hace constar que

⁵Después se hizo extensiva a los docentes de básica secundaria y de escuelas normales, inspectores y directivos docentes, pero guardando el mismo referente de vinculación y de remuneración. Leyes 116 de 1928 y 37 de 1937.

⁶Sentencia de 26 de abril de 2018, expediente: 05001-23-33-000-2014-00343-01 (3532-16), C. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

mediante acto administrativo 943 del 1 de octubre de 1981 se nombró en propiedad en cargo docente y plaza nacionalizada al aquí demandante Giraldo Rendón, quien tomó posesión del cargo el día 26 de ese mismo mes y año⁷. También se certifica la afiliación al FNPSM en tal calidad. /Archivo 001/

En dicha certificación se deja la siguiente observación por parte de quien la expide:

“NOMBRAMIENTO DEPARTAMENTAL POR DECRETO DEPARTAMENTAL. PAGADA A TRAVES DEL "FER" Y LA SECRETARIA DE EDUCACION DE DEPARTAMENTO CON RECURSOS DE LA NACIÓN, SITUADO FISCAL Y SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES; DURANTE TODO EL TIEMPO LABORADO HA OSTENTADO EL CARÁCTER DE DOCENTE NACIONALIZADO. SE EXPIDE PARA DAR RESPUESTA AL OFICIO No. 4567/ 2019 DE 05/12/19 SOLICITADO POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS.”

- Actos administrativos cuya nulidad se depreca. /Archivo 001/
- Oficio UJSED 0215 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, en el cual se indica lo siguiente:

*“De conformidad con el certificado de Historia Laboral que reposa en los archivos de esta Secretaría, el Señor WILLINTON DE JESUS GIRALDO RENDÓN-c.c. 4.580.272, fue vinculado como docente en propiedad en **plaza nacionalizada** por Decreto Departamental en primaria pagado **desde su posesión 26 de octubre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2002**, a través del FER con recursos de la Nación, Situado Fiscal. A partir del 01 de enero de 2003 pasó a ser pagado con recursos de la Nación Sistema General de Participaciones. **Durante todo el tiempo laborado como docente ha ocupado PLAZA NACIONALIZADA.**” /rft/ Archivo 005*

4. Solución al caso concreto

De conformidad con el marco legal y jurisprudencial expuesto en precedencia, y de cara al material probatorio que obra en el expediente, esta Sala de Decisión ha podido establecer que el Willington de Jesús Giraldo Rendón cumple con los requisitos establecidos en la ley 114 de 1913 para acceder a la pensión gracia, y esto es así, pues de los actos administrativos y certificados laborales allegados al dossier se desprende que los servicios prestados en favor del Departamento, lo fueron como docente en planteles educativos oficiales tanto de nivel primaria como de secundaria, todo el tiempo en plazas nacionalizadas.

En efecto, observa la Sala que el demandante fue vinculado por el departamento de Caldas antes del 31 de diciembre de 1980, con el fin de cubrir una licencia generada entre el 4 y el 31 de agosto de 1980; luego se vinculó para los mismos efectos entre el 28 de octubre y el 14 de noviembre de 1981. Se indica por el departamento de Caldas que su vinculación y

⁷ El acto administrativo y el acta de posesión también obran en el expediente.

pago se efectuó por reconocimiento de servicios prestados en el ramo de la educación en plazas nacionalizadas.

También se certifica por el ente territorial y por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que tales servicios fueron pagados a través del "FER" "con recursos de la Nación. Y es precisamente en este aspecto en donde radica el centro de la controversia, pues mientras para la demandada los recursos del FER tienen origen o fuente nacional y ello, per se, implica que las plazas sufragadas con tales recursos son de carácter nacional, para la parte demandante son los actos administrativos de vinculación lo que en últimas define el tipo de plaza provista.

Por su importancia al momento de definir la presente litis, se trae a colación la sentencia de unificación de fecha 21 de junio de 2018 (Sentencia de unificación por importancia jurídica CE- SUJ-SII-11-2018) de la Sección Segunda del Consejo de Estado, Consejero ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter, expediente: 25000-23-42-000-2013-04683-01 (3805-2014), en la cual se hace referencia al origen y naturaleza de los recursos girados a las entidades territoriales provenientes, en su momento, del situado fiscal y, posteriormente, del sistema general de participaciones y a la incidencia de los fondos educativos regionales (FER) en el nombramiento de algunos docentes oficiales; todo ello, en lo que dice relación con el tema específico del reconocimiento de la pensión gracia. Al respecto, se plantea por la Alta Corporación:

[...]

*En ese orden de ideas, debido a que la línea jurisprudencial en la materia no ha sido constante, por las diversas interpretaciones que han emanado de la sección segunda de esta Corporación, surge entonces la necesidad de proferir una sentencia de unificación. Para el efecto, la Sala estima pertinente abordar la problemática de la naturaleza jurídica de los **fondos educativos regionales** desde la perspectiva del **situado fiscal**, teniendo en cuenta, además, la incidencia de los dos extremos temporales delimitados por la jurisprudencia de esta Corporación, esto es, antes y después de la Constitución de 1991, frente al reconocimiento de la pensión gracia.*

Previo a ello, como primera medida, corresponde precisar entre los docentes oficiales quiénes ostentan la calidad de nacionales, nacionalizados y territoriales, en atención al marco jurídico que rige la prestación objeto de controversia.

3.4.3.1 Docentes nacionales, nacionalizados y territoriales.

El artículo 1 de la Ley 91 de 1989, categoriza y define a los docentes oficiales de la siguiente manera:

*i) **Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno nacional.*

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

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

La importancia de la anterior clasificación radica en que se constituye en el punto de partida de la Administración y los jueces de esta jurisdicción para evaluar si el docente interesado tiene derecho o no al reconocimiento de la pensión gracia.

En cuanto al **personal nacional** la regla es clara. Tanto el marco jurídico que rige la aludida prestación como la doctrina legal en la materia son explícitos en advertir que los docentes nacionales no tienen derecho a su reconocimiento, y que el tiempo laborado en esa condición no se puede computar con el servido en calidad de educador nacionalizado o territorial.

Por su parte, se entiende por **personal nacionalizado** (i) aquel que siendo territorial antes del 1 de enero de 1976 fue objeto del proceso de nacionalización iniciado con la expedición de la Ley 43 de 1975; y (ii) los que a partir de esa fecha se hayan vinculado a una plaza de aquellas que fueron nacionalizadas en virtud, también, del aludido proceso adelantado por la norma en cuestión (Ley 43 de 1975).

Entre tanto, debe entenderse por **personal territorial** el vinculado por entidades de ese orden a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975; esto es, que la plaza a ocupar haya sido creada de forma exclusiva por el ente local y los gastos que esta genere se cubran con cargo a su propio presupuesto.

3.4.4. Situación jurídica de los educadores oficiales cuando intervienen los fondos educativos regionales en el acto de vinculación.

En este punto de la discusión, resulta relevante abordar la temática desde la órbita del siguiente interrogante: ¿deben ser considerados como docentes nacionales todos aquellos en cuya vinculación haya intervenido el respectivo **fondo educativo regional**, indistintamente de que su vínculo con el servicio oficial se haya efectuado en calidad de educador nacionalizado o territorial, por cuanto los recursos que administraba dicho fondo tenían su origen o fuente en la Nación, y en virtud de ello negar el reconocimiento a la pensión gracia?

La postura que en esta oportunidad prohija la Sala respalda una tesis contraria a la que se deriva del interrogante planteado, si se tienen en cuenta las vicisitudes presupuestales ya analizadas, relativas a la naturaleza de los recursos girados a las entidades territoriales en virtud de la figura jurídica de origen constitucional, que concierne al **situado fiscal** /rft/

[...]

3.5. Conclusiones preliminares: reglas de unificación.

i) Los recursos del **situado fiscal** que otrora transfería o cedía la Nación a las entidades territoriales, en vigencia de la Carta de 1886 y hasta cuando permanecieron en vigor en la Constitución de 1991, no obstante su origen o fuente nacional, una vez se incorporaban a los presupuestos locales pasaban a ser de propiedad exclusiva de los referidos entes en calidad de rentas exógenas.

ii) Los entes territoriales son los titulares directos o propietarios de los recursos que les gira la Nación, provenientes del **sistema general de participaciones**, por asignación directa del artículo 356 de la Carta Política de 1991.

iii) La financiación de los gastos que generaban los **fondos educativos regionales** no solo dependía de los recursos que giraba la Nación a las entidades territoriales por concepto del **situado fiscal**, sino que también correspondía a los entes locales destinar parte de su presupuesto para atender al sostenimiento de los referidos fondos educativos (artículos 29 del Decreto 3157 de 1968; y 60, inciso 2, de la Ley 24 de 1988).

iv) Así como los **fondos educativos regionales** atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados.⁴⁹ resulta factible

colegir de manera razonada que lo propio acontecía con algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales, ya que los recursos destinados para tal fin provenían tanto de la Nación -**situado fiscal**- como de las entidades territoriales, y además, en uno y otro caso, el universo de esos recursos le pertenecía de forma exclusiva a los entes locales dado que ingresaban a sus presupuestos en calidad de rentas exógenas y endógenas.

v) Por tanto, no es dable inferir que los docentes territoriales y/o nacionalizados se convierten en educadores nacionales (i) cuando en el acto de su vinculación interviene, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la **junta administradora del respectivo fondo educativo regional**, así, este último, certifique la vacancia del cargo junto con la disponibilidad presupuestal⁵⁰; y (ii) por el argumento de que los recursos destinados para su sostenimiento tienen su origen o fuente en la Nación.

vi) **Prueba de calidad de docente territorial.** Se requiere copia de los actos administrativos donde conste el vínculo, en los que además se pueda establecer con suficiente claridad que la plaza a ocupar sea de aquellas que el legislador ha previsto como territoriales, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.

vii) **Origen de los recursos de la entidad nominadora.** Lo esencialmente relevante, frente al reconocimiento de la pensión gracia, es la acreditación de la plaza a ocupar, esto es, que sea de carácter territorial o nacionalizada, pues conforme a los lineamientos fijados por la Sala en esta providencia, en lo que respecta a los educadores territoriales, el pago de sus acreencias provenía directamente de las rentas endógenas de la respectiva localidad, o de las exógenas -**situado fiscal**- cuando se sufragaban los gastos a través de los **fondos educativos regionales**; y en lo que tiene que ver con los educadores nacionalizados, las erogaciones que estos generaban se enmarcan en los recursos del **situado fiscal**, hoy **sistema general de participaciones**.

A partir de la sentencia de unificación antes citada emerge claro que, para establecer si el tiempo de servicio que se acredita por la parte demandante en aras del reconocimiento de la pensión gracia debe ser computado para tales efectos, resulta fundamental determinar si el mismo fue prestado en una plaza docente territorial o nacionalizada; y esto, conforme a lo ya expuesto, se demuestra con los actos administrativos donde conste el vínculo, o en su defecto, también se puede acreditar con la respectiva certificación de la autoridad nominadora que dé cuenta de manera inequívoca que el tipo de vinculación al cual se encuentra sometido el docente oficial es de carácter territorial.

También queda claro que, **no son parámetros** para determinar la naturaleza del docente: i) el hecho de que en el acto de vinculación o de reconocimiento de los servicios prestados intervenga, además del representante legal de la entidad territorial, el delegado permanente del Ministerio de Educación Nacional como miembro de la junta administradora del respectivo fondo educativo regional; y ii) el hecho de que el servicio se haya pagado con recursos del Fondo Educativo Regional – FER, comoquiera que con dicho fondo se atendían los gastos que generaban los servicios educativos de los docentes nacionales y nacionalizados, incluso algunas de las erogaciones salariales originadas por el servicio que prestaban los educadores territoriales.

En el **caso concreto** se ha podido establecer que el demandante fue vinculado antes del 31 de diciembre de 1980 por el departamento de Caldas para ejercer como docente en una plaza nacionalizada ante la licencia conferida al titular del cargo. Así se desprende del Decreto No. 0912 del 20 de octubre de 1980 y de la certificación de la entidad territorial ya reseñada en precedencia. Lo propio ocurrió entre el 28 de octubre y el 14 de noviembre de 1981, conforme se hace constar en el Decreto No. 0106 de 1980.

Aunado a lo anterior, reposa en el expediente el acto administrativo No. 943 del 1 de octubre de 1981 por medio del cual se nombró en propiedad en cargo docente y plaza nacionalizada al aquí demandante Willington de Jesús Giraldo Rendón, quien tomó posesión del cargo el día 26 de ese mismo mes y año; lo anterior es corroborado mediante certificado expedido tanto por el FNPSM como por el departamento de Caldas, este último, quien certifica que dicho servicio se prolongó incluso hasta el 31 de diciembre de 2002.

El tiempo así reportado suma más de veinte años de servicio docente en el departamento de Caldas, en plaza nacionalizada e instituciones oficiales tanto de nivel primaria como secundaria.

Resta decir que el señor Giraldo Rendón nació el 7 de abril de 1960 y por lo tanto cumplió cincuenta años de edad el 7 de abril de 2010. /folio 20, Archivo 001/

No reporta antecedentes disciplinarios conforme con el Certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación; así mismo, declara que se ha desempeñado como docente con honradez, consagración, idoneidad y buena conducta. /Archivo 001/

Siendo ello así, se procederá a declarar la nulidad de la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, proferida por Subdirectora de Determinación de Derechos de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP mediante la cual se negó al demandante el reconocimiento y pago de la Pensión Gracia de Jubilación, consagrada en la Ley 114 de 1913. De igual forma, se declarará la nulidad de la Resolución No. RDP 031039 del 29 de julio de 2015, suscrita por la Directora de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, providencia que confirmó en todas sus partes el acto impugnado.

4.1. Prescripción trienal.

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.” /Subrayas extra texto/.

En el sub examine se tiene establecido que el derecho se causó el 7 de abril de 2010, cuando el demandante cumplió cincuenta años de edad. La petición de reconocimiento de la pensión gracia se hizo el 22 de diciembre de 2014, esto es, después de transcurridos tres años desde la causación del derecho. Ahora bien, entre la petición y la presentación de la demanda (31 de marzo de 2016) no transcurrieron tres años, motivo por el cual el término de prescripción se entiende interrumpido el 22 de diciembre de 2014, lo que permite concluir que las mesadas anteriores al 22 de diciembre de 2011 se encuentran prescritas. Así las cosas, aunque se reconocerá la pensión gracia a partir del 7 de abril de 2010, sólo se pagarán las mesadas pensionales causadas a partir del **22 de diciembre de 2011**, por prescripción trienal.

4.2. Restablecimiento del Derecho.

Además de la nulidad de las Resoluciones por medio de las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia al demandante, se ordenará, a título de restablecimiento del derecho, que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP reconozca y pague al señor Willington de Jesús Giraldo Rendón una pensión gracia a partir del 7 de abril de 2010, pero con efectos fiscales a partir del **22 de diciembre de 2011**, por prescripción trienal; sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión gracia hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión gracia que se dejó de devengar desde el 22 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

5. De las costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁸ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Con fundamento en lo anterior, se condenará en costas (gastos⁹ y agencias en derecho) a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Lo anterior, en atención a que la demandante actuó a través de apoderado, quien intervino en todas las etapas del proceso y desplegó una gestión útil para sacar adelante sus pretensiones.

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

III. Falla.

Primero: Se declara infundada la excepción de “inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido” propuesta por la UGPP. **Se declara fundada** la excepción de prescripción trienal.

Segundo: Se declara la nulidad de la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, proferida por Subdirectora de Determinación de Derechos de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP mediante la cual se negó al demandante el reconocimiento y pago de la Pensión Gracia de Jubilación. De igual forma, **se declara la nulidad** de la Resolución No. RDP 031039 del 29 de julio de 2015, suscrita por la Directora de Pensiones de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. RDP 013438 del 08 de abril de 2015, providencia que confirmó en todas sus partes el acto impugnado.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP que reconozca y pague al señor Willington de Jesús Giraldo Rendón una pensión gracia a partir del 7 de abril de 2010, pero con efectos fiscales a partir del **22 de diciembre de 2011**, por prescripción trienal; sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P. William Hernández Gómez.

⁹ Folio 71 Cuaderno 001.

certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la fórmula reseñada en la parte considerativa.

Cuarto: Se condena en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandada, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

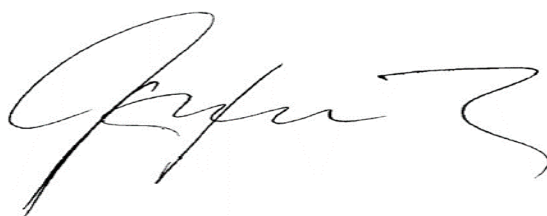
Quinto: Se acepta la renuncia presentada por la abogada Martha Elena Hincapié Piñeres. Se reconoce personería para actuar como apoderada de la UGPP, a la abogada Angela María Rodríguez Caicedo, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.857 del C.S. de la J.

Sexto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

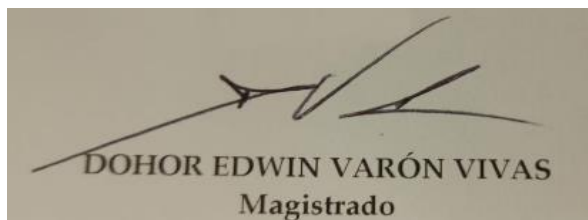
Séptimo: Ejecutoriada esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere, y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

Aclara el voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 212

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-39-005-2018-00057-00
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Accionante: Lida Eugenia Cardona Tabares
Cooperativa de Transportadores de Caldas
Demandados: Municipio de Villamaría
Vinculados: Municipio de Manizales
Autolegal S.A.
Suautomovil S.A.
Flota el Ruiz S.A.
Flota Ospina Sanabria S.A.
Tax La Feria S.A.
Taxis Libres S.A.S
Alba Lucia López Hernández y otros¹

Se decide el recurso apelación impetrado por la parte actora contra la sentencia por medio de la cual fueron denegadas sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicitó se protejan los derechos e intereses colectivos de la comunidad del municipio de Villamaría, los cuales consideró están siendo afectados debido a que, se ve obligada a utilizar servicios de transporte público internos urbanos y rurales que se ofrecen en una variedad de vehículos particulares que no cumplen con los requisitos establecidos por la ley; lo anterior dado que, el ente territorial se ha negado a emitir la resolución de habilitación correspondiente para que empresas de transporte organizadas, como la Cooperativa de Transportadores de Caldas Cooptranscaldas -demandante- presten dicho servicio.

En consecuencia, solicita se ordene al ente territorial, adelantar las gestiones necesarias para el estudio sobre la oferta y la demanda insatisfecha de transporte público terrestre a nivel interno del municipio y se reconozcan los derechos a los transportadores que conformaron Cooptranscaldas, en materia de habilitación y

¹ En total 58 personas naturales habilitadas como prestadores de servicios de transporte en el municipio demandado.

asignación de capacidad transportadora, en un mínimo de cien cupos para taxis urbanos a fin de solucionar los problemas de movilidad.

1.2. Sustento fáctico

Se relata que, el municipio de Villamaría carece de un sistema de transporte a nivel municipal que aborde las necesidades de movilidad, tanto en las áreas urbanas como rurales, tal y como lo dispone el Plan de Ordenamiento Territorial, por lo cual los habitantes se ven obligados a utilizar vehículos particulares u otros medios disponibles para recibir servicios de transporte semiurbano, urbano y rural.

Que en diversas ocasiones se han presentado solicitudes al municipio para que se realicen estudios sobre la oferta y la demanda insatisfecha de transporte, además de llevar a cabo las gestiones para resolver los problemas de transporte y movilidad, sin embargo, a través del Decreto 062 del 26 de mayo de 2017, el alcalde de Villamaría delegó todas las competencias en materia de transporte público terrestre automotor en la Secretaría de Tránsito de Manizales, esto sin tener en cuenta las necesidades de transporte público a nivel local.

Indicó que, siguiendo su propio impulso y las recomendaciones del Ministerio de Transporte, los transportistas informales que operaban en el municipio decidieron organizarse y establecer la Cooperativa Cooptranscaldas, cuyo objetivo era regularizar su labor y cambiar los vehículos particulares utilizados para el transporte público en Villamaría por vehículos de servicio público que estuvieran debidamente homologados y autorizados para brindar un servicio de transporte eficaz, económico y seguro; sin embargo, la Secretaría de Gobierno de Villamaría notificó a la referida cooperativa que no se les permitiría la vinculación y operación de vehículos de servicio público afiliados a la cooperativa, lo que considera una negación del derecho a la libre empresa.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. El municipio de Manizales

Señaló que los municipios de Manizales y Villamaría tienen definida la capacidad transportadora y que en Villamaría sí existe el transporte individual de pasajeros tipo taxi, con un cupo de 160 taxis prestando el servicio, por lo que no se está vulnerando ningún tipo de derecho colectivo en el marco de la prestación de dicho servicio público, pues las meras menciones de la parte actora sobre una "*falta de capacidad transportadora*" no logran demostrar -como es su carga procesal- la existencia de una vulneración cierta y directa a los derechos e intereses colectivos.

Agregó que, se hace evidente que la cooperativa demandante pretende hacer uso del mecanismo de la acción popular, generando un desgaste injustificado del aparato judicial con la única intención de conseguir un beneficio particular, todo ello en desconocimiento de los actos administrativos emitidos por la autoridad

correspondiente regulando el servicio de transporte en los municipios de Manizales y Villamaría, actos que se encuentra en firme y no han sido objeto de declaratoria alguna de nulidad.

2.2. El municipio de Villamaría

Manifestó su oposición a las pretensiones de la demandante arguyendo que, en su territorio sí se dispone de un sistema de transporte público tanto urbano como rural, sistema que se encuentra regulado por actos administrativos que establecen las condiciones del servicio y la capacidad de transporte, con base en análisis de estadísticas y estudios sobre la oferta y la demanda de la población. Estos estudios son realizados por la Secretaría de Tránsito de Manizales y por empresas que tienen interés en ofrecer este servicio.

Se menciona que la autorización para operar empresas de transporte en el municipio de Villamaría recae en la Secretaría de Tránsito de Manizales. Esta autorización se otorga luego de llevar a cabo evaluaciones de la demanda. Todo esto se enmarca en un convenio interadministrativo suscrito entre Manizales y Villamaría (Convenio 070313145 de 2007), cuyo objetivo es colaborar entre ambas administraciones para identificar y satisfacer conjuntamente las necesidades del servicio público que la población requiere, convenio que se hace necesario pues, de lo contrario un municipio como Villamaría que hace parte del área metropolitana de Manizales se vería afectado regulando un servicio de transporte únicamente al interior su jurisdicción territorial que no podría transportar pasajeros a la capital caldense, lo cual es una necesidad evidente de sus ciudadanos.

2.3. Taxis Libres Manizales S.A.S.

Señaló que, la acción no se ajusta a los postulados consagrados por el artículo 88 de la Constitución, desarrollados por la jurisprudencia y doctrina, toda vez que lo que de fondo se reclama no alcanza tan siquiera a tener la categoría de un derecho colectivo, pues la cooperativa demandante luego de toda una "*serie de desatinos de marca mayor*", pretende que se le privilegie con la asignación de 100 "*cupos*" para vehículos de servicio público tipo taxi, lo que es un despropósito, aunado a que de esa forma se violentarían y lesionarían de forma grave los derechos de todos y cada uno de aquellos prestadores de servicios de transporte que han sido vinculados a esta acción como terceros interesados.

2.4. Autolegal S.A.

Señaló que, le corresponde a los actores demostrar los supuestos de hecho que fundan las pretensiones, lo cual no hacen; agregó que, lo reclamado atenta contra la eficiencia del sistema, pues pretende incorporar un nuevo número de vehículos que no son necesarios -pues carecen de estudio técnico alguno que así lo concluya-, pero además que, de accederse a ellos, lesionarían ahora sí derechos colectivos, pues esos vehículos que inoficiosamente pretenden introducirse generarían más contaminación y represamiento de las vías, convirtiendo el sistema actual, en

ineficiente.

Advierte igualmente que, todas las actuaciones de los entes territoriales llamados por pasiva se ajustan a la ley y a todo lo acordado en el *“Convenio de Operación de Transporte Público de Pasajeros entre Manizales y Villamaría”*.

2.5. El Curador Ad Litem designado respecto de aquellos sujetos vinculados respecto de los cuales no se logró su notificación, manifestó que, no le constan los hechos advertidos en el escrito de demanda y que si bien, acoge la pretensión de que se debe regular el servicio de transporte de Villamaría, se opone a la pretensión dirigida a que el único que debe operar y ejecutar las actividades de transporte sea la demandante Cooptrascaldas, toda vez que existen personas que de manera informal prestan el servicio y que no se encuentran agremiados.

2.6. Los demás vinculados

Limitaron sus manifestaciones a señalamientos dirigidos a su consideración de contar con legitimación o intención alguna para hacer parte del asunto, pues no han desarrollado ningún tipo de acción u omisión que los coloque en una posición de vulneración de derechos o intereses colectivos, aunado a que algunos de ellos ni siquiera prestan actualmente servicios de transporte en el municipio.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* negó las pretensiones de la demandante. Como sustento de su decisión realizó un recuento jurisprudencial sobre la procedencia de las acciones populares y la carga de la prueba en lo que respecta a la debida acreditación de la existencia de afectaciones o vulneraciones ciertas y actuales a los derechos e intereses colectivos.

Descendiendo al caso concreto advirtió que, la parte actora no aportó ningún tipo de elemento que permitiera arribar a certeza sobre sus afirmaciones consistentes en que existe un déficit en la oferta de transporte para los habitantes de Villamaría, pues muy por el contrario las pruebas recaudadas permiten dilucidar que, el servicio de transporte de dicho municipio, se encuentra cubierto en ambas modalidades, tanto colectivos, como transporte público individual, existiendo una diversidad de empresas que brindan tal servicio a sus habitantes, copando diferentes rutas, sin que se haya determinado técnicamente que se requiera el aumento del parque automotor de transporte público colectivo o individual.

Así concluyó que, no se demostró la existencia de vulneración a los derechos colectivos invocados, quedando sin fundamento lo reclamado por la parte accionante, pues se vislumbró únicamente el interés particular de *“ubicar a trabajar”* unos taxis adicionales, sin justificación, pues más allá de las aserciones de la parte actora, consistentes en que ello resultaba imperativo, no se cuenta con elementos que acompañen tal conclusión.

4. Recurso de apelación

La parte demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el Juez no tuvo en cuenta las pruebas aportadas tales como video, testimonios y las firmas de más de 1.500 habitantes de Villamaría que solicitan y que tienen derecho a un servicio público de transporte eficiente, económico y seguro, al igual que en el municipio de Manizales vulnerando el derecho a la igualdad y que tampoco tuvo en cuenta los derechos a la libre competencia económica, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Agregó que, es de conocimiento general que el servicio de transporte a nivel urbano y veredal de Villamaría, en un porcentaje del 70% se presta en vehículos particulares por varios factores como son, que el servicio de transporte en buses y busetas solo se presta por las vías principales del municipio y en horarios restringidos o que el servicio de transporte público individual en vehículos taxis que prestan las empresas de Manizales, hacia Villamaría solo lo hacen en algunos horarios y muchas veces se niegan a prestar dicho servicio y más si es a una zona semiurbana del municipio.

Finalmente, señaló que anexa con su recurso de alzada fotos y videos que demuestran la vulneración y necesidades de un servicio de transporte público reglamentado, seguro, eficiente y económico para el municipio de Villamaría, y solicitó que se llame a rendir testimonio para que declaren sobre las necesidades en materia de transporte a los señores Hernando de Jesús Ramírez, José Lázaro Sierra y Héctor Marulanda y que se efectúe inspección ocular en los supermercados ARA, D-1 y demás centros de comercio donde se deja ver claramente las necesidades de transporte público para la comunidad.

II. Consideraciones

1. Cuestión previa

Previo al análisis de los cargos de apelación formulados, se torna necesario resolver la solicitud de práctica de pruebas formulada por la parte demandante en su recurso de alzada.

Sobre este particular, advierte la Sala que, como lo dispone el artículo 37 de la Ley 472 de 1998 *“La práctica de pruebas durante la segunda instancia se sujetará, también, a la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil”*, lo cual ha sido igualmente expresado el Consejo de Estado en el marco del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, destacando que el decreto de pruebas en segunda instancia debe cumplir con los criterios señalados por el Código General del Proceso², los cuales se hallan establecidos por el artículo 327 de dicho estatuto procesal en los siguientes términos:

² Ver entre otras, sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección A, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera, datada 17 de octubre de 2019, Radicación: 25000-23-41-000-2017-00224-01(AC).

“ARTÍCULO 327. Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo.*
- 2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió.*
- 3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos.*
- 4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria.*
- 5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior...” (Aparte subrayado y con negrilla es de esta Corporación)”*

De conformidad con las condiciones señaladas, para el decreto de pruebas en segunda instancia, se observa que, la parte actora no manifiesta ninguna de las situaciones que permiten acceder a su solicitud probatoria en segunda instancia, así como tampoco se observa que los testimonios, videos e inspección ocular solicitada correspondan a alguna de dichas situaciones.

Así las cosas, se impone no dar trámite a la solicitud probatoria formulada ante esta instancia.

2. Problema jurídico

Al analizar la sentencia de instancia y el escrito de impugnación, el asunto jurídico a resolver centra en dilucidar los siguientes cuestionamientos:

¿Es procedente el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos para deprecar la emisión de órdenes en favor de particulares, como las solicitadas por parte de la Cooperativa de Transportadores de Caldas Cooptranscaldas, tendientes a que se disponga la asignación de cupos a dicha empresa o la modificación de los actos administrativos mediante los cuales se encuentra regulado el servicio de transporte en Villamaría, Caldas?

¿Se encuentra acreditada la vulneración o amenaza actual y cierta respecto del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos -para el caso, servicio público de transporte- y a que su prestación sea eficiente y oportuna?

3. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal

El medio de control de protección de derechos e intereses colectivos no puede ser utilizado como lo pretende la parte actora, para amparar situaciones de carácter

particular y concreto como es el caso de la habilitación de cupos de transporte público de pasajeros en favor de la Cooperativa Cooptranscaldas, por lo que se impone rechazar por improcedentes las pretensiones esgrimidas en tal sentido.

3.2. Naturaleza de la acción popular

Las acciones populares consagradas en el inciso primero del artículo 88 de la Constitución y reglamentada por la Ley 472 de 1998, tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando estos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades o de los particulares. Cabe señalar que tales derechos e intereses colectivos no son únicamente los enunciados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, sino también los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación a dichas garantías, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

3.3. Improcedencia de la acción popular para obtener beneficios particulares e imposibilidad de dicho medio para disponer la nulidad de actos administrativos

De conformidad con lo anterior este medio de control, se encuentra instituido con la finalidad de lograr la protección de intereses y derechos de naturaleza colectiva, sin que se uso pueda darse con la finalidad de obtener pronunciamientos en favor de un particular, pues la esencia de esta acción constitucional, no es otra que la de contar con un carácter de intereses público. Sobre este particular la H. Corte Constitucional ha señalado³:

“Debe destacarse, que en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente hubo claridad en cuanto tiene que ver con el carácter público de las acciones populares en defensa de intereses colectivos, en cuanto “... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”.

Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares...”

De otra parte, el H. Consejo de Estado ha unificado su jurisprudencia en torno a

³ Sentencia C-215 de 1999, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

los alcances de las órdenes que pueden ser emitidas a través de este mecanismo materia respecto de los actos administrativos con base en los cuales se alega la existencia de vulneración de derechos colectivos, advirtiendo que el Juez de este medio de control, no cuenta con la facultad de anular actos administrativos. En efecto advirtió que⁴:

“PRIMERO: Se unifica la jurisprudencia respecto de la competencia del juez de la acción popular en materia de actos administrativos, en los siguientes términos:

I. En las acciones populares el juez no tiene la facultad de anular los actos administrativos, pero sí podrá adoptar las medidas materiales que garanticen el derecho colectivo afectado con el acto administrativo que sea la causa de la amenaza, vulneración o el agravio de derechos e intereses colectivos; para el efecto, tendrá múltiples alternativas al momento de proferir órdenes de hacer o no hacer que considere pertinentes, de conformidad con el caso concreto.”

3.4. Caso Concreto

En el presente asunto se observa con claridad que la parte actora Cooperativa de Transportadores de Caldas deprecia que a través del presente medio de control de protección de derechos e intereses colectivos se impartan órdenes referentes a la asignación de cupos de transporte público en favor de dicha empresa, por considerar que tiene una suerte de preferencia para prestar el servicio público de transporte en el municipio de Villamaría, exponiéndose por demás, su oposición a los actos administrativos que fueron emitidos por las entidades territoriales llamadas por pasiva, a través de los cuales se regularon los criterios de capacidad transportadora en su jurisdicción territorial según el convenio interadministrativo suscrito entre el municipio de Villamaría y la Secretaria de Transito de Manizales, y los que determinaron una respuesta negativa a dicha cooperativa frente a sus pedimentos de asignación de cupos de taxi.

Frente a este particular, debe advertir la Sala que como se expuso en precedencia, la acción popular no puede ser utilizada como un mecanismo para pretender atacar y obtener la nulidad de actos administrativos emitidos por la respectiva autoridad y mucho menos, para perseguir a través de esta el reconocimiento de beneficios particulares, pues su finalidad -como acción pública- se contrae a la protección de las garantías, intereses y derechos de la colectividad y no a la obtención de declaraciones de índole particular que beneficien a un individuo determinado.

3.5. Conclusión

En este orden de ideas, la Sala considera necesario modificar la sentencia analizada que únicamente advirtió la inexistencia de vulneración a los derechos colectivos invocados, para agregar mención expresa al rechazo por improcedencia de las pretensiones esbozadas por la parte actora en las cuales deprecia *“se reconozcan los*

⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: William Hernández Gómez, 13 de febrero de 2018, Radicación: 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU)

derechos a los transportadores que conformaron la Cooperativa de Transportadores del Departamento de Caldas COOPTRANSCALDAS, en materia de habilitación y asignación de Capacidad transportadora en un mínimo de cien cupos para taxis urbanos...” como las referentes a que se dé la modificación del convenio de operación de transporte público de pasajeros Nro. 070313145 suscrito el 13 de Marzo del 2007 entre la Alcaldía de Villa María Caldas y el Municipio Manizales Caldas y se dé participación al municipio de Villa María Caldas en un mínimo de cien cupos para taxis urbanos”.

4. Segundo problema jurídico

4.1. Tesis del Tribunal

En el presente asunto, no se logró demostrar la existencia de una vulneración real, inminente, concreta y actual del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos -para el caso, servicio público de transporte- y a que su prestación sea eficiente y oportuna, pues se demostró que dichos servicios son prestados en el municipio de Villamaría y las supuestas alegaciones sobre la falta de capacidad operativa o insuficiencia en la prestación de dicho servicio se limitó meras menciones de la parte actora desprovistas de prueba alguna.

4.2. Carga probatoria en las acciones populares

El artículo 18 de la Ley 472 de 1998 regula lo concerniente a los requisitos que deben cumplir las demandas que se presenten en ejercicio de las acciones populares y en su literal e) establece como uno de tales requisitos: *“Las pruebas que pretenda hacer valer”*.

El artículo 30 de la misma norma⁵, indica que la carga probatoria es responsabilidad del demandante y sólo por razones técnicas o económicas el Juez de conocimiento podría eventualmente suplir dicha deficiencia a través de diversas órdenes para arribar a un fallo de mérito.

Al respecto, el Consejo de Estado, ha señalado que: *“(…) se colige que la acción popular será procedente cuando de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, siendo requisito para su procedencia que la acción u omisión que se endilga sea probada por el actor o que se pueda deducir dicha vulneración del acervo probatorio que obre en el expediente.”*⁶

4.3. Caso concreto

⁵ *“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 probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.*

En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.”

⁶ Sentencia del 31 de enero de 2019. Sección Primera. Exp: 05001-23-33-000-2016-01855-01(AP).

De acuerdo con el marco jurídico expuesto, es claro que corresponde a la parte demandante probar o allegar elementos de juicio que permitan deducir la vulneración o amenaza del derecho colectivo invocado.

En el caso concreto se tiene que la labor probatoria de la parte demandante fue mínima y que, por el contrario, los municipios de Manizales y Villamaría, como entidades llamadas por pasiva probaron con suficiencia que el servicio público de transporte prestado en el segundo de los referidos municipios, cuenta con la regulación y autorización de parque automotor y empresas transportadoras que han sido determinadas de conformidad a los estudios realizados por las autoridades locales correspondientes.

En efecto, las entidades territoriales llamadas por pasiva aportaron el "*Convenio de operación de transporte público de pasajeros entre Manizales y Villamaría*", de fecha 13 de marzo de 2007, al igual que los Decretos 0154 del 17 de marzo de 2016 del municipio de Manizales, 062 del 26 de mayo de 2017 del municipio de Villamaría, 0129 del 24 de febrero de 2016, del municipio de Manizales, 0128 del 15 de junio de 2006 del municipio de Manizales y de la Resolución 295 de la Secretaría de Tránsito y Transporte de Manizales, actos -vigentes- por medio de los cuales se ha regulado el servicio público de transporte colectivo e individual de pasajeros en el municipio de Villamaría⁷.

De otra parte, se recaudó el testimonio del ingeniero civil -especializado en vías y transporte- Leonardo Leal García, quien ejerce como profesional universitario de la Secretaría de Movilidad de Manizales, quien expuso a grandes rasgos los criterios técnicos que han sido adoptados a través de estudios efectuados por la demandada, con el fin de determinar las habilitaciones de empresas y capacidad transportadora que ha sido designada para el servicio público de transporte en los municipios de Manizales y Villamaría, relatando en síntesis que, actualmente los actos administrativos que han sido emitidos han determinado las necesidades de este servicio, cubriendo adecuadamente en modalidades de transporte público individual como colectivo, las necesidades del municipio de Villamaría atendiendo a criterios tales como la población y la capacidad de la infraestructura vial, entre otros.

En tal sentido, destaca esta Sala que, la parte actora se limitó a aducir en forma genérica y abstracta que la capacidad de servicios de transporte en el municipio de Villamaría resulta insuficiente y lesiva de los intereses y derechos colectivos de la población, sin embargo, no efectúa labor probatoria alguna que permita arribar a certeza sobre tales dichos; sin que pueda ser de recibo el argumento expuesto en su escrito de apelación según el cual considera que la prueba de esto puede ser extraída de "*las firmas de más de 1.500 habitantes*" del municipio que fueron aportadas, pues no solo este medio de prueba resultaría insuficiente para acreditar las situaciones expuestas en el escrito de demanda, sino que además los documentos

⁷ Expediente digital, archivo: "*06PruebasAlcaldiaManizales*", fls. 157-170 y archivo "*09PruebasAlcaldiaVillamaria*", fls. 189-195.

que fueron aportados con la demanda se limitan a un listado de firmas con el título “HABITANTES VILLA MARÍA CALDAS” de los cuales se desconoce su origen y nada expresan sobre la situación particular que se pretende probar.

4.4. Conclusión

Así, contrario a lo manifestado en el recurso de apelación, correspondía a la parte demandante demostrar la vulneración o amenaza del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, lo cual no logró; aunado a que, las entidades demandadas demostraron haber regulado la situación aducida como vulneradora de los derechos colectivos en ejercicio de sus competencias legales, por medio de sendos actos administrativos que no han sido objeto de cuestionamiento por las vías procesales pertinentes y que cuentan con motivación en los criterios técnicos identificados por las autoridades municipales.

Por tanto, los argumentos esbozados por el apelante no cuentan con la fuerza necesaria para que se revoque el fallo sobre este particular, razón por la cual se confirmará lo referente a la inexistencia de vulneración o amenaza al derecho colectivo invocado.

5. Costas

No se impondrá condena en costas, de conformidad a lo regulado por el artículo 188 del CPACA por tratarse el *sub lite* de un asunto de interés público como es la protección de los derechos e intereses colectivos.

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,

SENTENCIA:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, el 30 de junio de 2023, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demandante. Advirtiéndole que:

“SE RECHAZAN por improcedentes las pretensiones esbozadas por la parte actora en las cuales deprecia *“se reconozcan los derechos a los transportadores que conformaron la Cooperativa de Transportadores del Departamento de Caldas COOPTRANSCALDAS, en materia de habilitación y asignación de Capacidad transportadora en un mínimo de cien cupos para taxis urbanos...”* como las referentes a que se la modificación del convenio de operación de transporte público de pasajeros Nro. 070313145 suscrito el 13 de Marzo del 2007 entre la Alcaldía de Villa María Caldas y el Municipio Manizales Caldas y se dé participación al municipio de Villa María Caldas en un mínimo de cien cupos para taxis urbanos”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

CUARTO: 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. 54 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARON VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17-001-33-33-002-2018-00513-00
CLASE	DEMANDA EJECUTIVA
ACCIONANTE	JUAN EVANGELISTA HERNANDEZ OTAGRI
ACCIONADO	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el auto proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 11 de mayo de 2023, mediante el cual negó el decreto del embargo de las cuentas bancarias que se encuentren a nombre de las entidades demandadas en la ciudad de Manizales, dentro del ejecutivo de **Juan Evangelista Hernández Otagri** contra **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio**

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, el señor **JUAN EVANGELISTA HERNANDEZ OTAGRI** interpuso demanda ejecutiva contra **NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, mediante la cual pretende que se libere mandamiento ejecutivo de pago contra las demandadas, por la suma de \$ 62.678.013.00, exhibiendo como título ejecutivo sentencias ejecutoriadas de esta jurisdicción.

Con la demanda, presentó solicitud de medida cautelar contemplando el embargo de los depósitos bancarios que a cualquier título posea las demandadas en cuentas de ahorros, corrientes y demás productos bancarios que reposen o ingresen dichas cuentas en los bancos de la ciudad de Manizales, en la cuantía que limite el embargo, y que garantice el pago de la obligación, adicionalmente solicita que se abstenga de decretar medidas ejecutivas sobre cuentas de destinación específica y que sean inembargables, las cuales afecten a terceras personas no involucradas en el proceso que se ejecuta.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales mediante auto del 11 de mayo de 2023 negó el decreto de la medida cautelar, aduciendo que se sigue un principio general y mandato obligatorio de inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, que pese a ello y en atención al desarrollo jurisprudencial, es posible el embargo de dichos recursos cuando se trate del cumplimiento de providencias judiciales, ya que el título es la sentencia. Sin embargo, argumenta el *a quo* que la ley 1437 del 2011 en el párrafo segundo del artículo 195 regula el trámite para el pago de sentencias y es categórico en indicar que dichos recursos son inembargables.

Subrayó que la regla de excepción a la inembargabilidad de recursos públicos es inaplicable en la actualidad, ya que dicha ley de manera expresa la tornó inembargable.

APELACIÓN

La apoderada del demandante presentó recurso de reposición en subsidio con el de apelación dentro de la oportunidad, alegando que, la medida cautelar puede ser viable mientras la ley y la jurisprudencia lo permitan, toda vez que, se ha sostenido que el principio de inembargabilidad es una garantía que se hace necesaria para preservar y defender los recursos financieros del Estado, sin embargo, opina que, existen excepciones a la regla general para armonizar el principio de inembargabilidad de recursos públicos con otros principios, valores y derechos constitucionales, entre los que se encuentran la dignidad humana, el orden justo y el derecho al trabajo. Aclara que la medida es procedente, pues el título ejecutivo se encuentra de las excepciones propuestas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, incluso de manera posterior a la expedición del CGP y CPACA. Por último, solicita que las entidades bancarias deberán informar al despacho antes de la aplicación de la medida, si los recursos afectados tienen calidad de inembargables o no, para en su caso aplicar el artículo 594 del CGP.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Es procedente la medida de embargo de cuentas que posea la demandada, para garantizar la efectividad de un proceso ejecutivo, cuyo título sea una sentencia judicial?

El artículo 63 de la Carta Política dispone en su tenor literal:

ARTÍCULO 63. Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

A su vez, el Decreto 111 de 1996 que contiene el Estatuto Orgánico de Presupuesto, establece en su artículo 19:

“Inembargabilidad. Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman. No obstante, la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias. Se incluyen en esta prohibición las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4º del título XII de la Constitución Política. Los funcionarios judiciales se abstendrán de decretar órdenes de embargo cuando no se ajusten a lo dispuesto en el presente artículo, so pena de mala conducta (L. 38/89, art. 16; L. 179/94, arts. 6º, 55, inc. 3º)”

El mandato de inembargabilidad de los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación también se halla consagrado en la norma que regulan las medidas cautelares adoptadas en desarrollo de proceso judiciales, y de manera puntual el artículo 594 del CGP, que en lo pertinente reza:

“Además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar:

1. Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social

(...)

PARÁGRAFO. Los funcionarios judiciales o administrativos se abstendrán de decretar órdenes de embargo sobre recursos inembargables. En el evento en que por ley fuere procedente decretar la medida no obstante su carácter de inembargable, deberán invocar en la orden de embargo el fundamento legal para su procedencia. Recibida una orden de embargo que afecte recursos de naturaleza inembargable, en la cual no se indicare el fundamento

legal para la procedencia de la excepción, el destinatario de la orden de embargo, se podrá abstener de cumplir la orden judicial o administrativa, dada la naturaleza de inembargable de los recursos. En tal evento, la entidad destinataria de la medida, deberá informar al día hábil siguiente a la autoridad que decretó la medida, sobre el hecho del no acatamiento de la medida por cuanto dichos recursos ostentan la calidad de inembargables. La autoridad que decretó la medida deberá pronunciarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de envío de la comunicación, acerca de si procede alguna excepción legal a la regla de inembargabilidad. Si pasados tres (3) días hábiles el destinatario no se recibe oficio alguno, se entenderá revocada la medida cautelar (...)"

El canon 195 de la Ley 1437 de 2011 también introduce mandatos relacionados con el embargo de recursos de entidades públicas en el siguiente tenor literal:

"El trámite de pago de condenas y conciliaciones se sujetará a las siguientes reglas:

1. Ejecutoriada la providencia que imponga una condena o apruebe una conciliación cuya contingencia haya sido provisionada en el Fondo de Contingencias, la entidad obligada, en un plazo máximo de diez (10) días, requerirá al Fondo el giro de los recursos para el respectivo pago.
2. El Fondo adelantará los trámites correspondientes para girar los recursos a la entidad obligada en el menor tiempo posible, respetando el orden de radicación de los requerimientos a que se refiere el numeral anterior.
3. La entidad obligada deberá realizar el pago efectivo de la condena al beneficiario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de los recursos.

(...)

PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará el procedimiento necesario con el fin de que se cumplan los términos para el pago efectivo a los beneficiarios. El incumplimiento a las disposiciones relacionadas con el reconocimiento de créditos judicialmente reconocidos y con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos acarreará las sanciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar.

PARÁGRAFO 2o. El monto asignado para sentencias y conciliaciones no se puede trasladar a otros rubros, y en todo caso serán inembargables, así como los recursos del Fondo de Contingencias. La orden de embargo de estos recursos será falta disciplinaria"

Pese a los términos perentorios de la normativa en cita, respecto del carácter inembargable de los recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, a esta prohibición no debe brindarse una interpretación extrema o inflexible, que conlleve al desconocimiento de otros principios o prerrogativas de orden superior, cuyo ámbito también es tutelado por el texto fundamental.

Respecto del mandato de inembargabilidad la Corte Constitucional (Sentencia C-1154 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández) ha dado lugar a las siguientes excepciones:http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012_pr002.html

“El Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada. La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; y la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible”

Incluso antes, al analizar la constitucionalidad del Estatuto Orgánico de Presupuesto, en la Sentencia C-354 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), el tribunal constitucional había dejado en claro la siguiente regla sobre la interpretación matizada que tiene ese canon normativo:

“(…)

El principio de inembargabilidad general que consagra la norma resulta ajustado a la Constitución, por consultar su reiterada jurisprudencia. No obstante, es necesario hacer las siguientes precisiones: La Corte entiende la norma acusada, con el alcance de que si bien la regla general es la inembargabilidad, ella sufre excepciones cuando se trate de sentencias judiciales, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos

reconocidos a las personas en dichas sentencias. Los funcionarios competentes deben adoptar las medidas que conduzcan al pago de dichas sentencias dentro de los plazos establecidos en las leyes, siendo posible la ejecución diez y ocho meses después de la ejecutoria de la respectiva sentencia

(...)

Los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar, los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.”

El Consejo de Estado ha hecho eco de la postura adoptada en sede constitucional, incluso, ahondando en la posibilidad de embargar dineros con destinación específica. En Auto de seis (6) de noviembre de 2019 con ponencia de la Magistrada María Adriana Marín en el expediente nro. 62544 expuso:

“A partir de los pronunciamientos jurisprudenciales a que se ha hecho referencia, se extrae que son excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos, los créditos u obligaciones: i) de origen laboral, con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; ii) aquellos contenidos en sentencias judiciales, para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; iii) los que provienen de títulos emanados del Estado que contengan obligaciones claras, expresas y exigibles; y iv) los recursos de destinación específica como los provenientes del Sistema General de Participaciones, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico). (...) En efecto, la inembargabilidad de los rentas provenientes del Presupuesto General de la Nación, del Sistema General de Participaciones y de los recursos asignados a los entes territoriales, aparece consagrada en los artículos 16 de la Ley 38 de 1989, 1° del Decreto 2282 de 1989, 19 del Decreto 111 de 1996, 18 de la Ley 715 de 2001, 21 del Decreto 28 de 2008 y 25 de la Ley 1751 de 2015, normas que fueron declaradas condicionalmente exequibles por la Corte Constitucional en los términos expuestos en las sentencias a que se hizo referencia en esta providencia, es decir, bajo el entendido de que existen ciertas excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos”.

Considera la Sala que, si bien existe la regla de inembargabilidad frente a los dineros incluidos en el presupuesto general de la nación, se debe tener en cuenta y presente las excepciones que tienen plena justificación. En este orden de ideas, se estima que la solicitud de embargo de las cuentas bancarias de las demandadas encuentra respaldo

tanto como Constitucional como legal, pues se funda en la garantía de los derechos del señor Hernández Otagri, a quien mediante sentencia judicial se le reconoció un derecho que se la había vulnerado, sentencia que se encuentra en firme y no ha sido materializada de manera completa, por tal motivo el accionante a través de su apoderada, debió acudir a la vía de la ejecución forzosa.

Por lo que entonces, al tratarse de una obligación contenida en una sentencia judicial, constituye una de las excepciones al aludido mandato de la inembargabilidad, y por lo tanto, si es posible realizar el embargo de recursos públicos para garantizar la seguridad jurídica y la realización de los derechos contenidos en sentencias judiciales.

Así las cosas, se revocará la decisión del *a quo*, y por lo tanto, se decretará el embargo de las sumas de dinero que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FNPSM tenga en cuentas corrientes o de ahorros en los bancos BBVA, Bancolombia, el Banco Agrario, Colpatria, Banco de Occidente, Banco Popular, Caja Social, AV Villas y Davivienda, en la ciudad de Manizales, exceptuando aquellas que por ley tengan la connotación de inembargables, como las destinadas al pago de sentencias judiciales y conciliaciones.

Con la aclaración, que el monto del embargo debe comunicarse hasta el monto máximo permitido por la ley y que, cada una de las entidades bancarias deberá al momento de conocer el oficio correspondiente, manifestar la calidad de inembargabilidad especial que pueda existir en alguna cuenta, para que el juez decida al respecto

En mérito de lo expuesto la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas Resuelve:

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR, el auto del 11 de mayo de 2023 proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales mediante el cual negó la solicitud de medida cautelar de embargo a las cuentas de la Nación-Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de la demanda ejecutiva que interpone **Juan Evangelista Hernández Otagri** a través de su apoderada en contra de **Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FNPSM**, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECRÉTASE la medida cautelar de embargo de las sumas de dinero que la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio- FNPSM tenga en cuentas corrientes o de ahorros en los bancos BBVA, Bancolombia, el Banco Agrario, Colpatria, Banco de Occidente, Banco Popular, Caja Social, AV Villas y Davivienda, exceptuando aquellas que por ley tengan la connotación de inembargables, como las destinadas al pago de sentencias judiciales y conciliaciones.

Con la aclaración, que el monto del embargo debe comunicarse hasta el monto máximo permitido por la ley y que, cada una de las entidades bancarias deberá al momento de conocer el oficio correspondiente, manifestar la calidad de inembargabilidad especial que pueda existir en alguna cuenta, para que el juez decida al respecto

TERCERO: NOTIFÍQUESE por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.


CUARTO: En firme la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen, para que continúe con el trámite procesal pertinente

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 07 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 052 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO
Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de
septiembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001-23-33-000-2019-00085-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Sonia Marleny Castañeda Camacho
Demandado:	UGPP
Providencia:	Sentencia No. 163

La Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia, dentro del proceso de **Nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la señora **Sonia Marleny Castañeda Camacho** contra la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social– UGPP**.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el apoderado de la parte demandante que por esta Corporación se hagan los siguientes pronunciamientos:

“PRIMERA. Se Declare la nulidad absoluta de la Resolución No RDP 031041 DEL 27 DE JULIO DE 2018, expedida por el Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, mediante la cual se Niega el Reconocimiento y Pago de la Pensión Gracia de Jubilación a que tiene derecho la demandante.

SEGUNDA. Se Declare la nulidad absoluta de la Resolución N° RDP 037097 DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2018, mediante la cual se Resolvió desfavorablemente el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución No RDP 031041 DEL 27 DE JULIO DE 2018.

TERCERA. Se Declare la nulidad absoluta de la Resolución No RDP 040641 DEL 09 DE OCTUBRE DE 2018, mediante la cual se Resolvió desfavorablemente el Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 031041 DEL 09 DE OCTUBRE DE 2018.

CUARTA. Declarar que mi mandante tiene derecho a que LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP-, le Reconozca y Pague la Pensión Gracia de Jubilación, a partir del 08 DE MAYO 2013, fecha en que adquirió el status de pensionada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por ésta durante el año de consolidación del derecho a la Pensión, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

QUINTA. Que como consecuencia de la Declaración de Nulidad se Ordene, como Restablecimiento del Derecho, el Reconocimiento y Pago de la Pensión Gracia de Jubilación a que tiene derecho la demandante desde el día 08 DE MAYO 2013, fecha de status pensional, teniendo en cuenta para dicha liquidación todos los factores salariales devengados durante el año de consolidación del derecho, debidamente indexados.

SEXTA. Que se condene al pago de la Indexación a que haya lugar, así como al Reconocimiento y Pago de los Intereses que correspondan, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1437 de 2011.

SEPTIMA. Que se Condene a la Parte Demandada al Cumplimiento del Fallo que se profiera en el presente proceso, de acuerdo con los arts. 192 y subsiguientes del C.P.A.C.A.

OCTAVA. Que se condene a la parte demandada en costas y gastos del proceso en los términos del art. 188 del C.P.A.C.A.”

2. Hechos.

Se afirma en la demanda lo siguiente:

La señora Sonia Marleny Castañeda Camacho solicitó nuevamente el día 28 de mayo de 2018, por intermedio de apoderada, el reconocimiento y pago de la pensión gracia de jubilación a que considera tiene derecho desde el día 8 de mayo de 2013, fecha de su status pensional, allegando nueva prueba -Certificado de Tiempo de Servicios de fecha 01 de marzo de 2018-, que la acredita con vinculación nacionalizada.

Mediante Resolución N° RDP 031041 del 27 de julio de 2018, la UGPP resolvió desfavorablemente la solicitud de pensión gracia, indicando que la Secretaría de Educación de Caldas expidió un nuevo certificado en fecha 12 de abril de 2018 en donde se señala que la vinculación de la docente era del orden nacional a partir del 3 de agosto de 1993.

Inconforme con la anterior decisión, se interpone en la debida oportunidad el recurso de reposición y en subsidio de apelación el día 28 de agosto de 2018, mismos que fueron resueltos desfavorablemente mediante Resoluciones Nos. RDP 037097 del 12 de septiembre de 2018 y RDP 040641 del 09 de octubre de 2018, en las cuales se reitera que la Secretaría de Educación de Caldas expidió un nuevo certificado que establece que el tipo de vinculación de la docente es del orden Nacional.

Por lo anterior, la demandante solicitó a la Secretaría de Educación de Caldas aclaración del certificado expedido en fecha 12 de abril de 2018, siendo expedido en respuesta, el

certificado de fecha 18 de febrero de 2019 con la siguiente observación:

"SE ACLARA Y SE ADICIONA EL CERTIFICADO 1865 DE 12/04/18, EN EL SENTIDO DE QUE LA VACANTE EN QUE FUE NOMBRADA LA SEÑORA CASTAÑEDA CAMACHO EN LA ESCUELA NUEVA PRIMAVERA DEL MUNICIPIO DE VILLAMARÍA, A PARTIR DE 03/08/93 SE TRATÓ DE UNA VACANTE EN PLAZA NACIONALIZADA Y SE VINCULÓ AL FPSM COMO NACIONAL PARA EFECTOS DE PRESTACIONES SOCIALES ANTE ESTE FONDO POR HABER SIDO NOMBRADA DESPUÉS DE 01/01/90"

Se advierte en la demanda que, el presente caso, fue ventilado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo con resultado desfavorable en segunda instancia, mediante providencia del Tribunal Administrativo de Caldas de fecha 22 de junio de 2017, y solicita que en esta oportunidad se abstenga este Tribunal de declarar probada la excepción de cosa juzgada, pues asegura que las pruebas nuevas que se aportan son de gran relevancia, tales como los certificados de tiempo de servicio expedidos por la Secretaría de Educación del departamento de Caldas, los cuales deberán ser analizados en un nuevo debate jurídico que no sólo examine la vinculación allí consignada, sino que también analice las observaciones en ellos contenidas a la luz de la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Ley 114 de 1913; Ley 116 de 1928; ley 37 de 1933; Ley 43 de 1975; art. 1º y 15 de la Ley 91 de 1989; Constitución Política, artículos 2, 4, 5, 6, 13, 46, 48 y 53; C.P.A.C.A., artículos 2, 3, 82, 85, y demás concordantes y pertinentes.

Se aduce por la demandante que los actos administrativos demandados deben ser anulados teniendo en cuenta la errada interpretación que del artículo 1º de la Ley 91 de 1989 ha dado la UGPP, pues ha considerado como argumento de su negativa que los docentes nombrados por ente territorial después de 1990 se asimilan a los docentes del orden nacional, interpretación que riñe claramente con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado.

Dice que, teniendo en cuenta los requisitos establecidos en la ley 114 de 1913 y demás normas concordantes, así como los actos administrativos de nombramiento y posesión y las observaciones contenidas en los certificados de tiempo de servicios que obran en este proceso como pruebas nuevas de gran relevancia, se puede determinar que la señora Sonia Marleny Castañeda Camacho cumple con los requisitos establecidos en la ley para que se le reconozca la pensión gracia de jubilación.

En el presente caso, dice, la violación a la ley es evidente por cuanto la entidad demandada interpreta de manera restrictiva y aislada el contenido del artículo 1º de la Ley 91 de 1989 y pasa por alto los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 21 de junio de 2018 proferida por el Consejo de Estado.

4. Contestación de la demanda.

Se opone a las pretensiones de la parte demandante. Plantea las siguientes excepciones:

- “Cosa Juzgada”. Indica que en el presente caso obra sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Manizales el 29 de octubre de 2015, la cual fue revocada por el Tribunal Administrativo de Caldas el 22 de junio de 2017 mediante proveído que hace tránsito a cosa juzgada. Destaca que en segunda instancia se negó la pretensión de reconocimiento de la pensión gracia deprecada por la aquí demandante. Recalca que dicho fallo está dotado de un valor definitivo e inmutable y por tanto es de obligatorio cumplimiento por las partes.

-“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”. Aduce que en el expediente obra certificado de información laboral de fecha 1 de marzo de 2018, expedido por la Secretaría de Educación de Caldas, en el cual se determina que la interesada fue nombrada docente mediante Decreto N°113 del 3 de agosto de 1993, desde el 3 de agosto de 1993 hasta la fecha de expedición del documento, con vinculación de carácter nacionalizado; así mismo, dicho documento contiene las siguientes aclaraciones:

NOTA EL CARACTER DE DOCENTE COMO NACIONALIZADO, SE DA ACOGIENDONOS AL ACTA DE ACUERDOS DEL 12/08/10 SUSCRITO ENTRE LA SECRETARIA DE EDUCACION DEL DEPARTAMENTO Y LA JUNTA DIRECTIVA EDUCAL' POR HABER LABORADO COMO DOCENTE DEPARTAMENTAL ANTES DE 01/01/81. SE EXPIDE EN ESTE FORMATO YA QUE EL CERTIFICADO EXPEDIDO EN EL FORMATO ESTABLECIDO POR EL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO NO PERMITE CAMBIAR EL CARACTER DE DOCENTE EN LA FECHA ALLEGÓ A ESTE DESPACHO DECRETOS DE RECONOCIMIENTOS POR CUBRIMIENTO DE LICENCIAS DE VACANTES TEMPORALES ANTERIORES A 01/01/81 LO QUE DIO ORIGEN AL CAMBIO EN TIPO DE VINCULACION ESTE CERTIFICADO REEMPLAZA A LOS ANTERIORES EXPEDIDOS UNICAMENTE PARA TRAMITES ANTE LA UGPP

No obstante lo anterior, indica que posteriormente, mediante certificado de información laboral de fecha 12 de abril de 2018, expedido por la Secretaría de Educación de Caldas, se determina que la interesada fue nombrada docente mediante Decreto N°113 del 3 de agosto de 1993 desde el 3 de agosto de 1993 hasta la fecha de expedición del documento, con vinculación de carácter nacional. Así mismo, dicho documento contiene las siguientes aclaraciones:

Este certificado anula y reemplaza el N°1584 de 01/03/18 expedido en formato Excel como docente nacionalizada, ya que el tiempo laborado anterior a 01/01/80 se trató de cubrimiento de licencias en vacantes temporales y no registra acto administrativo de nombramiento, ni actas de posesión. Tal como quedó estipulado en el Acta de Acuerdos de 12/08/10, suscrita entre la Secretaría de Educación Departamental y la junta directiva de Educal.”

Aunado a lo anterior, indica que en la Sentencia C - 084 de 1999, M.P. ALFREDO BELTRAN SIERRA, la Corte analiza la exequibilidad del artículo 15, numeral 2, literal b) de la Ley 91 de 1989, particularmente las expresiones “() vinculados a partir del 1° de enero de 1981. (...) y para aquellos (...)

Conforme a esta sentencia de exequibilidad la Corte Constitucional precisa que el derecho a

la pensión gracia solo fue respetado por la Ley 91 de 1989, para aquellos docentes oficiales (territoriales o nacionalizados), que hubiesen adquirido los requisitos para acceder a tal prestación (conforme a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933) antes de la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989 lo cual presupone una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1980, habida consideración que para acceder a la pensión gracia, debe completarse entre otros requisitos 20 años de servicios continuos o discontinuos en calidad de docente nacionalizado y territorial.

- “Buena fe, prescripción y genérica”

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Reitera los argumentos de la demanda.

5.2. Parte demandada.

Reitera los argumentos de la contestación de la demanda.

5.3. Concepto del Ministerio Público.

No rindió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante mediante la acción de **nulidad y restablecimiento del derecho**, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales la UGPP le negó el reconocimiento de una pensión gracia.

La parte demandada se opone a tal pretensión, en primer lugar, proponiendo la excepción perentoria de cosa juzgada, a cuyo estudio procede la Sala de Decisión.

1. Problema jurídico a resolver.

¿Están dados los supuestos facticos y jurídicos para declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada en el sub lite?

En relación con la figura de la cosa juzgada, el artículo 189 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra lo siguiente:

Artículo 189. *La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos erga omnes solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.*

Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios.

Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes.

La sentencia dictada en procesos relativos a contratos, reparación directa y cumplimiento, producirá efectos de cosa juzgada frente a otro proceso que tenga el mismo objeto y la misma causa y siempre que entre ambos haya identidad jurídica de partes.

La sentencia proferida en procesos de restablecimiento del derecho aprovechará a quien hubiere intervenido en ellos y obtenido esta declaración a su favor.

Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.

[...]

Por vía jurisprudencial se ha dicho en punto al alcance de dicha norma¹:

De conformidad con la norma transcrita, la sentencia que decreta la nulidad de un acto administrativo tiene efectos erga omnes de manera plena, por lo que respecto de dicho acto no resulta posible adelantar un nuevo proceso en el que se solicite su anulación. Sin embargo, cuando se trate de sentencias en las que se denieguen la nulidad, los efectos de cosa juzgada solo recaen sobre la causa petendi, razón por la cual es posible que respecto de los actos que son objeto de la decisión se puedan tramitar nuevos procesos, los cuales deben tener por fundamento una causa distinta a la resuelta en la sentencia que negó la pretensión nugatoria.

[...]

Atendiendo a los anteriores conceptos, se concluye que, tratándose de sentencias que sean emitidas dentro de un proceso en el que se pretenda la nulidad de un acto administrativo, el objeto corresponde al acto mismo, entretanto la causa se circunscribe a los cargos en que se estructure la pretensión de nulidad.

Así mismo, se ha dicho por la alta Corporación², que:

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02253-01

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejera ponente: Susana Buitrago Valencia. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015) Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU)

Esta Sala ha expresado³ que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable. Que el elemento formal de la cosa juzgada tiene que ver con la imposibilidad de que el juez pueda volver a pronunciarse dentro del mismo proceso sobre un asunto que se decidió en una providencia ejecutoriada o, que otro juez, en un proceso diferente resuelva sobre una materia debatida con identidad de pretensiones y fundamentos jurídicos.

Así mismo se ha sostenido que el elemento material de la cosa juzgada tiene relación con la intangibilidad de la sentencia, en el entendido que se tiene por cierto que el juez de conocimiento se ocupó de la relación objeto de la contienda y que la decisión la adoptó respetando las formas propias del juicio. Sobre el particular, esta Corporación manifestó:

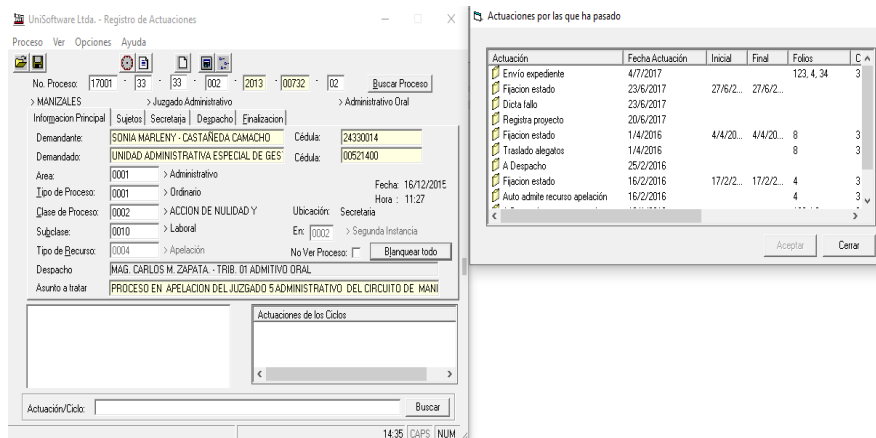
“A la cosa juzgada o "res judicata" se le ha asimilado al principio del "non bis in idem"⁴ y tiene por objeto que los hechos y conductas que ya han sido resueltas a través de cualquiera de los medios aceptados por la ley, no vuelvan a ser debatidos en otro juicio posterior. Tal cualidad de lo resuelto obliga a las partes, porque lo antes decidido tiene carácter vinculante y obligatorio y, por lo tanto, es inmutable al tener plena eficacia jurídica. Desde un punto de vista genérico, la cosa juzgada está regulada por los artículos 332 del C. de P.C. y 175 del C.C.A., en los cuales se establecen los elementos formales y materiales para su configuración.

El elemento formal implica que no es posible volver sobre una decisión tomada en providencia ejecutoriada, dentro del mismo proceso, o en otro en el que se debata la misma causa petendi e idénticos fundamentos jurídicos, lo cual tiene como propósito garantizar la estabilidad y la seguridad del orden jurídico. Por su parte, el material, hace alusión a la intangibilidad de la sentencia en firme, pues se tiene por cierto que la actividad jurisdiccional se ocupó plenamente de la relación objeto de la contienda y que ésta fue decidida con la plenitud de las formas propias del juicio.”.

De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes. [...]”

Descendiendo al **caso concreto** se tiene acreditado que, mediante sentencia proferida el 22 de junio de 2017, este Tribunal en sede de segunda instancia resolvió revocar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Manizales el 29 de octubre de 2015, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Sonia Marleny Castañeda Camacho contra la UGPP para el reconocimiento de la pensión gracia; proceso radicado bajo el número 17001 33 33 002 2013 00732 02; como consecuencia de lo anterior, negó las pretensiones de la parte demandante.

La copia de la referida providencia obra en el expediente y sumado a ello, luego de consultar el programa informático Justicia XXI, se obtiene el siguiente resultado:



Como puede verse, la referida sentencia fue notificada por estado y posteriormente devuelta al juzgado de origen, todo lo cual coincide con lo afirmado en torno a su existencia, tanto por la parte demandante como por la parte demandada.

Ahora bien, en aras de establecer los elementos constitutivos de la cosa juzgada en el sub iudice, se procede a hacer el siguiente cuadro comparativo:

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00085-00	Radicado: 17001-33-33-002-2013 00732 02
Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho	Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: Sonia Marleny Castañeda Camacho	Demandante: Sonia Marleny Castañeda Camacho
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP	Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
<p>Pretensiones:</p> <p>PRIMERA. Se Declare la nulidad absoluta de la Resolución No RDP 031041 DEL 27 DE JULIO DE 2018, expedida por el Subdirector de Determinación de Derechos Pensionales de la UGPP, mediante la cual se Niega el Reconocimiento y Pago de la Pensión Gracia de Jubilación a que tiene derecho la demandante.</p> <p>SEGUNDA. Se Declare la nulidad absoluta de la Resolución N° RDP 037097 DEL 12 DE SEPTIEMBRE DE 2018, mediante la cual se Resolvió desfavorablemente el Recurso de Reposición interpuesto contra la Resolución No RDP 031041 DEL 27 DE JULIO DE 2018.</p> <p>TERCERA. Se Declare la nulidad absoluta de la Resolución No RDP 040641 DEL 09 DE OCTUBRE DE 2018, mediante la cual se Resolvió desfavorablemente el Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 031041 DEL 09 DE OCTUBRE DE 2018.</p>	<p>Pretensiones:</p> <p>Que se declare la nulidad de la Resolución No. RDP 048078 del 16 de octubre de 2013, expedida por la demandada, mediante la cual se negó la pensión gracia a la señora Sonia Marleny Castañeda Camacho.</p> <p>Que es nula la Resolución No. RDP 052535 del 14 de noviembre de 2013, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la anterior decisión.</p> <p>Que se condene a la accionada a reconocer, liquidar y pagar a la demandante, la pensión gracia con la inclusión de todos los factores salariales.</p> <p>[...]</p> <p>Hechos:</p> <p>El 7 de octubre de 2013 la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión gracia, petición que fue resuelta mediante actos administrativos RDP 048078 del 16 de octubre de 2013, y</p>

<p>CUARTA. Declarar que mi mandante tiene derecho a que LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP-, le Reconozca y Pague la Pensión Gracia de Jubilación, a partir del 08 DE MAYO 2013, fecha en que adquirió el status de pensionada, teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados por ésta durante el año de consolidación del derecho a la Pensión, sumas que deberán ser debidamente indexadas.</p> <p>QUINTA. Que como consecuencia de la Declaración de Nulidad se Ordene, como Restablecimiento del Derecho, el Reconocimiento y Pago de la Pensión Gracia de Jubilación a que tiene derecho la demandante desde el día 08 DE MAYO 2013, fecha de status pensional, teniendo en cuenta para dicha liquidación todos los factores salariales devengados durante el año de consolidación del derecho, debidamente indexados.</p> <p>[...]</p> <p>Hechos:</p> <p>La señora Sonia Marleny Castañeda Camacho solicitó nuevamente el día 28 de mayo de 2018, por intermedio de apoderada, el reconocimiento y pago de la pensión gracia de jubilación a que tiene derecho desde el día 08 de mayo de 2013, fecha de su status pensional, allegando nueva prueba –Certificado de tiempo de servicios de fecha 1 de marzo de 2018-, que la acredita con vinculación nacionalizada.</p>	<p>RDP052535 del 14de noviembre de 2013, de manera negativa.</p> <p>Contra dichos actos administrativos, se presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, aportando las siguientes pruebas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Decreto 385 de 1979, suscrito por el Gobernador del Departamento de Caldas de la época, mediante el cual se realizaron unos reconocimientos por servicios prestados en el ramo de la educación primaria a varios docentes, entre ellos, a la señora Sonia Marleny Castañeda Camacho, del 1° de febrero al 25 de marzo de 1979, en la Seccional Urbana de Manizales - Caldas, en licencia de Ruth Echeverry de Villamil (CD - fl. 41). - Decreto 647 de 1979, suscrito por el Gobernador del Departamento de Caldas de la época, mediante el cual se realizaron unos reconocimientos por servicios prestados en el ramo de la educación primaria durante este año a varios docentes, entre ellos, a la señora Sonia Marleny Castañeda Camacho, del 2 de abril al 31 de mayo de 1979, en la Seccional Urbana de Manizales - Caldas (CD - fl. 41). • Decreto 113 del 3 de agosto de 1993, mediante el cual el señor Alcalde del Municipio de Villamaría- Caldas, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, y el artículo 16 del Decreto 1706 de 1989, nombró a la señora accionante como docente en la Escuela Nueva Primavera del Municipio de Villamaría - Caldas; cargo en el cual se posesionó el 3 de agosto de ese mismo año, mediante acta número 001 (CD - fl. 41).
---	---

En el proceso radicado con el número 17001-33-33-002-2013 00732 02 fue proferida sentencia en los siguientes términos:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Descongestión del Circuito de Manizales el 29 de octubre de 2015, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instauró **SONIA MARLENY CASTAÑEDA CAMACHO** contra **LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**. En consecuencia

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demandante.

[...]

El juez que accedió a las pretensiones de la parte demandante al considerar que la misma reunía todos los requisitos para acceder al derecho a la pensión gracia. En relación con el tiempo de servicios acreditado, estimó que el nombramiento realizado mediante Decreto No. 133 de 1993, es de carácter territorial; y en relación con la vinculación antes del 31 de diciembre de 1980 indicó, con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado, que no se requiere que la vinculación antes de esta fecha sea en propiedad, por lo que al encontrar que la demandante realizó cubrimientos de licencias, dio por acreditado este requisito.

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Primera de Decisión, al desatar el recurso de apelación, revocó la sentencia de primera instancia bajo el siguiente argumento:

“Revisando el acto administrativo mediante el cual el señor Alcalde del Municipio de Villamaría — Caldas nombró a la señora Castañeda Camacho como docente en la Escuela Nueva Primavera, se observa que en él se realizó la consideración, de que el primer mandatario actuaba en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 9 de la Ley 29 de 1989, y el artículo 16 del Decreto 1706 de 1989.

En este punto debe hacerse énfasis, en que si bien es cierto los nombramientos realizados por el señor Alcalde tendrían prima facie la calidad de territoriales, en este caso específico no puede considerarse así, por cuanto el nombramiento se hizo en virtud de la Ley 29 de 1989, norma que trata el tema de la descentralización administrativa, haciendo énfasis en el parágrafo primero de esta disposición, que los salarios y prestaciones sociales de este personal, continuarán a cargo de la Nación y de las entidades territoriales que las crearon.

[...]

De acuerdo a lo anterior, el nombramiento de la actora, no es un de carácter territorial o nacionalizado. sino nacional, lo cual se acompasa con la información plasmada en el formato único para la expedición de certificado laboral visible a folio 16, el cual indica en el régimen de pensiones, "nacional".

Como puede verse, le asiste razón a la UGPP cuando solicita se declare probada la excepción de cosa juzgada en razón a la identidad de partes, de objeto y de causa petendi en ambos procesos, uno de los cuales, ciertamente, cuenta con sentencia en firme.

No resulta procedente revivir una controversia ya zanjada mediante sentencia judicial proferida dentro de un proceso en el cual las partes tuvieron la oportunidad de presentar las pruebas que tenían en su poder y solicitar la práctica de otras en donde se requiriera a la Administración Pública para que hiciera las precisiones necesarias en torno a los certificados de tiempos de servicio a que hubiere lugar.

Lo que la parte actora pretende hacer valer en este proceso son certificaciones expedidas por la Administración tiempo después de dictada la sentencia de segunda instancia dentro del proceso 17001-33-33-002-2013 00732 02, las cuales, bien pudo gestionar o requerir en el curso del mismo o previa interposición de la demanda que le dio génesis. Tal inactividad no se puede suplir con la interposición de una nueva demanda de nulidad y restablecimiento

del derecho como si se tratara de una tercera instancia.

Incluso, nótese que una de las causales para la procedencia del recurso extraordinario de revisión es *“haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria”*³. En dicha norma no se habla de pruebas nuevas o constituidas con posterioridad a la sentencia sino de pruebas preexistentes que se logran encontrar o recuperar después de proferido el fallo y que el recurrente no pudo aportar al proceso por razones ajenas a su voluntad.

Es claro entonces que la controversia aquí planteada ya fue ventilada en proceso anterior, en donde todos los sujetos procesales con interés directo en las resultas del mismo tuvieron oportunidad de plantear sus argumentos, presentar las pruebas que estimaron pertinentes y en general, ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción; en ese mismo escenario se produjo una decisión de fondo que se encuentra ejecutoriada y por lo tanto obliga a las partes, al tiempo que surte efectos de cosa juzgada e impide reabrir el mismo debate en proceso posterior.

En consecuencia, sin necesidad de consideraciones adicionales, se declarará probada la excepción de cosa juzgada y por lo tanto, se dispondrá la finalización del presente proceso.

5. De las costas en primera instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁴ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Con fundamento en lo anterior, se condenará en costas (agencias en derecho) a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso. Lo anterior, en atención a que la demandada actuó a través de apoderado, quien intervino en todas las etapas del proceso y desplegó una gestión útil para sacar adelante su defensa.

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

³ Artículo 250 del CPACA.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

III. Falla.

Primero: Se declara fundada la excepción de cosa juzgada propuesta por la UGPP.

Segundo: Se da por terminado el presente proceso, promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho por la señora Sonia Marleny Castañeda Camacho contra la UGPP.

Tercero: Se condena en costas (agencias en derecho) a la parte demandante, las cuales se liquidarán conforme a los artículos 365 y subsiguientes del Código General del Proceso.

Cuarto: Se acepta la renuncia presentada por la abogada Martha Elena Hincapié Piñeres. Se reconoce personería para actuar como apoderada de la UGPP, a la abogada Angela María Rodríguez Caicedo, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.857 del C.S. de la J.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

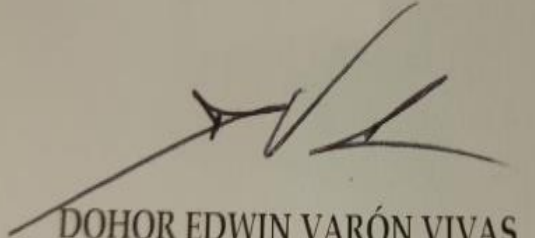
Sexto: Ejecutoriada esta providencia, liquídense los gastos del proceso, devuélvase los remanentes si los hubiere, y archívese el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

Notifíquese y Cúmplase

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17 001 23 33 000 2020 00261 00
Demandante:	José Robinson Ramírez
Demandado:	Municipio de Villamaría
Providencia:	Sentencia No. 165

Pasa la Sala Segunda de Decisión a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

El accionante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

“1. Se declare que entre EL municipio de Villamaría – Caldas en calidad de empleador y JOSE ROBINSON RAMIREZ JIMENEZ en calidad de empleado(a) público(a), existió un contrato de trabajo de carácter laboral administrativo conforme a los hechos de la demanda, desde el 16 febrero del 2012 hasta el 31 de diciembre del 2019.

2. Se declare que el presente contrato de carácter laboral administrativo (SIC) fue terminado sin justa causa, por tanto y cuanto el objeto materia del mismo siguió subsistiendo, desplazándose a mi mandante sin la finalidad de mejorar el servicio.

3. Se declare la nulidad absoluta de la RESOLUCION 545 DE 01 JUNIO DE 2020, mediante la cual se niega la solicitud de reconocimiento de emolumentos de carácter laboral y de la seguridad social derivados de la relación laboral existente entre mi mandante y la alcaldía de Villamaría - Caldas.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones solicito:

4. Se condene a la demandada, al reconocimiento y pago de los siguientes emolumentos de carácter laboral administrativo y de la seguridad social a título de restablecimiento del derecho: (...)

5. Condenar a al municipio de Villamaría al pago de los aportes a pensión comprendidos entre febrero del año 2012 hasta el 31 de diciembre del 2019, durante la relación laboral.

6. CONDENAR a al demandado al pago de la sanción subjetiva moratoria (brazos caídos) establecida en el artículo 1 de ley 797 de 1949 y demás normas

concordantes, ello debido a la evidente mala fe, la precaria forma de contratación y el injusto desconocimiento de los derechos sociales de mi mandante, injusto que se ve materializado en la ausencia de pago de todo tipo de emolumentos de carácter laboral y de la seguridad social dentro de la referida relación contractual. Esta sanción se aplicará desde la terminación de la relación laboral y hasta que se efectúe el pago.

7. CONDENAR al municipio de Villamaría – Caldas, al pago de la sanción objetiva moratoria por no consignación de las cesantías en la forma y oportunidad legal para ello, de conformidad con lo estatuido en ley 244 de 1995 artículo 26 y la sanción moratoria contenida en la ley 1071 de 2006 artículo 57. Estas sanciones se aplicarán únicamente dentro de la vigencia de la relación laboral.

8. CONDENAR a la administración Municipal de Villamaría – Caldas, al pago de la sanción moratoria contemplada en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 19908.

9. CONDENAR a la parte demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa.

10. CONDENAR A LOS DEMANDADOS (SIC) a que el pago de los valores resultantes de las condenas impuestas se ajusten a lo preceptuado en los artículos 187, 192 y 195 del CPACA, Para lo cual deberán indexarse los valores conforme a la fórmula de reajuste con el IPC establecida según el artículo 192 del CPACA.

11. CONDENAR a los demandados (SIC) a pagar conforme el artículo 88 de la ley 1564 del 2012 (CGP) a pagar las prestaciones periódicas que se llegue a causar entre la presentación de la demanda y el cumplimiento de la sentencia definitiva.

12. CONDENAR a los demandados (SIC) a pagar gastos procesales, agencias de derecho y costas procesales.”

2. Hechos.

Los hechos planteados en la demanda se resumen en los siguientes:

- Que el demandante señor José Robinson Ramírez Jiménez, prestó sus servicios al municipio de Villamaría mediante contratos de prestación de servicios suscritos entre el 16 de febrero de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2019, con objetos relacionados con la distribución de correspondencia de la administración municipal.
- Que el demandante se desempeñó como mensajero, y tenía una moto de su propiedad al servicio del ente territorial, afirmando que los contratos tenían interrupciones mínimas, y que ese servicio era necesario para la entidad.
- Afirma que en este caso existió una verdad relación laboral por el cumplimiento de horarios de 8 a 12 y de 2 a 6:30 de lunes a viernes, incluso quedándose horas extras y que en sus actividades se evidenciaba la subordinación, dependencia, y el cumplimiento de órdenes.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 13, 48, 53, 58, 122 y 228 Constitucionales

Artículo 32 de la Ley 80 de 1993

Funda la demanda en la primacía de la realidad sobre las formas, afirmando que, en este caso, el empleador ha optado por un contrato de prestación de servicios para encubrir una verdadera relación laboral; y sostiene que, el demandante, José Robinson Ramírez Jiménez recibía órdenes de los alcaldes municipal de turno del municipio de Villamaría, así como de diversas personas de la administración municipal, especialmente de los secretarios de gobierno municipal.

4. Contestación de la demanda. (Documento 038 del expediente digital)

El demandado municipio de Villamaría contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, y, afirma que el hecho que el demandante haya recibido instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, y debiera cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación, de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

Sostiene que, de las pruebas aportadas se infiere que existieron contratos de prestación de servicios, los cuales fueron debidamente liquidados, sin que hayan quedado observaciones u obligaciones pendientes, de lo que dan cuenta las actas de liquidación; con lo cual se desvirtúa la existencia de una relación legal.

El demandado municipio propone las siguientes excepciones:

“Inexistencia de la obligación” argumentando que, en el presente asunto no se dan los elementos propios de una relación laboral, dado que lo que se suscribió fueron contratos de prestación de servicios para desarrollar unas actividades que no podían ser desempeñadas con la planta de personal de la entidad y que, por tal razón se acudió a esa modalidad de contratación, permitida por la Ley.

“Cobro de lo no debido”, al no existir obligación por parte de la entidad demandada a reconocer el pago de las prestaciones solicitadas.

“Prescripción extintiva del derecho”, por cuanto se debe acudir a la entidad a reclamar dentro de los tres (3) años siguientes que se contabilizan desde la fecha de terminación del vínculo contractual; y en este caso, el demandante presentó la solicitud de reclamación administrativa el día 29 de abril de 2020, fecha a partir de la cual deben empezar a contarse los tres 3 años de la prescripción solicitada.

5. Alegatos de conclusión.

- Parte demandante (Documento 074 del expediente digital)

La parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda, y afirmando que en este caso se evidencia la prestación personal del servicio, la remuneración, la continuada subordinación y dependencia.

Sostiene que, con los testimonios rendidos dentro del proceso, por compañeros de trabajo del demandante, se establece quienes eran sus superiores y jefes, las órdenes que le impartían, la periodicidad de éstas, su horario laboral, el tiempo y lugar de prestación del servicio.

Se pronuncia sobre las tachas de testimonios formuladas, y considera que éstas deben desestimarse por cuanto los testigos eran personas que trabajaban directamente en el municipio de Villamaría, y era a quienes les constaba las condiciones de prestación del servicio del demandante, y que no se advierte mala fe de ellos al rendir sus testimonios; y que ello, no tiene incidencia en la reclamación de los derechos individuales que cada uno haya realizado.

Hace un extenso listado de contratos y remuneración recibida por el demandante y de citas jurisprudenciales relacionadas con el denominado contrato realidad, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

- Parte demandada (Documento 075 del expediente digital)

El demandado municipio de Villamaría presentó su escrito de alegatos reiterando la inexistencia de obligación por la ausencia de los elementos propios de una relación laboral, así como el cobro de lo no debido.

Hace un análisis de la prescripción con el listado de contratos, fechas de inicio, finalización y objeto de los mismos; y sostiene que de acuerdo a los criterios de unificación de la Sentencia SU 05001-23-33-000- 2013-01143-01 del 9 de septiembre de 2021, ciertas actividades de la administración requieren de la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atender la prestación personal del servicio, sin que eso implique una relación laboral; y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. Concepto del Ministerio Público.

Sin pronunciamiento de la parte demandada ni del Ministerio Público según constancia secretarial del 25 de marzo de 2022 (Documento 076 del expediente digital).

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad de la resolución 545 de 1 de junio de 2020, mediante la cual el municipio de Villamaría negó el reconocimiento de una relación laboral encubierta por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

Para resolver lo anterior, es necesario establecer si ¿entre el municipio de Villamaría y, el señor José Robinson Ramírez, existió una relación laboral, que lo hace acreedor del pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?

2. Análisis normativo.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.*

A su vez, el artículo 53 constitucional contempla la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos y principios laborales así:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; proteccionespecial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subraya la Sala)

El artículo 122 inciso primero Constitucional precisa:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo – OIT - también ha precisado el principio de “a trabajo igual, salario igual” el cual es aplicable a nuestra legislación en virtud de que Colombia hace parte de ese convenio.

Y los artículos 23 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo disponen:

“Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

a. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y*
- c. Un salario como retribución del servicio.*
 - b. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”. (Subraya la Sala).*

“Artículo 34. Contratistas independientes. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Finalmente, el numeral 3° de la ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se refiere al contrato de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las

entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.
(Subraya la Sala).

De lo anterior, se entiende que, la Constitución Política en sus artículos 122 a 125 permite inferir dos clases de vinculación con entidades del Estado, que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); y b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral).

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una tercera modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: **c) De los contratistas de prestación de servicios** (relación contractual estatal), figura que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que es objeto de debate en el presente proceso, con miras a establecer si entraña una verdadera relación de carácter laboral.

3. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado¹, ha unificado recientemente mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

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

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

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

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes

perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En - cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige- de 2008 suscrito el 30 de septi que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debidorecibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.” (Subraya la Sala).

4. Análisis fáctico.

4.1. De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

Se relacionan a continuación las siguientes pruebas de relevancia para este caso.

Contratos de prestación de servicios:

CONTRATO NRO.	DURACIÓN	OBJETO
035-2012	Del 16 de febrero al 16 de mayo 2012	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
109-2012	Del 17 de mayo al 16 de julio 2012	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
274-2012	Del 5 de septiembre al 5 de diciembre de 2012	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
02-2013	Del 2 de enero al 31 de marzo de 2013	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y

		distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
162-2013	Del 1 de abril de 2013 al 30 de septiembre de 2014	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
412-2013	Del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2013	Presar sus servicios relacionados con actividades operativas, logísticas o asistenciales que consisten en facilitar los trámites de los asuntos que se llevan a cabo en las distintas dependencias de la alcaldía municipal de Villamaría.
058-2014	Del 24 de enero al de 2014 al 30 de junio de 2014	Presar servicios de entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
317-2014	Del 15 de julio al 31 de diciembre de 2014	Servicios correspondientes a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría.
048-2015	Del 19 de enero al 31 de mayo de 2015	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil.
234-2015	Del 1 de junio al 31 de diciembre de 2015	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
030-2016	Del 1 de febrero al 30 de abril de 2016	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
191-2016	Del 2 de mayo al 31 de julio de 2016	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
287-2016	Del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2016	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos

		entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
018-2017	Del 12 de enero al 30 de junio de 2017	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
326-2017	Del 17 de julio al 29 de diciembre de 2017	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
017-2018	Del 9 de enero al 29 de junio de 2018	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
280-2018	Del 19 de julio al 17 de diciembre de 2018	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
046-2019	Desde el 23 de enero hasta el 30 de mayo de 2019	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.
254-2019	Del 4 de junio al 31 de octubre de 2019. Prórroga hasta el 28 de diciembre de 2019	Servicio de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia que se genere y reciba en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a los distintos entes territoriales gubernamentales y no gubernamentales y de la sociedad civil del municipio de Villamaría y área metropolitana.

- Certificados suscritos por el profesional universitario de la división jurídica y de contratación y la auxiliar administrativa de la alcaldía municipal de Villamaría en los cuales relaciona 17 de los 19 contratos relacionados anteriormente, sus objetos y las fechas de los mismos. (Documentos 04 y 064 del expediente digital. Anexos de la demanda y documentación complementaria).
- Certificación de la auxiliar administrativa de la alcaldía municipal de Villamaría en la que dice que, no se encontraron contratos suscritos entre el señor José Robinson Ramírez Jiménez y el municipio de Villamaría entre los meses de febrero y julio de 2012. (Documento 04 del expediente digital. Anexos de la demanda).

4.2. De la prueba testimonial.

Dentro de este asunto se recibieron en total 4 testimonios de los cuales se permite la Sala extraer los apartes de mayor relevancia:

Olga Lucía Ospina Torres

- Expuso que fue compañera de trabajo del demandante entre los años 2015 y 2017.
- Refiere que el señor José Robinson Ramírez era mensajero de las diferentes dependencias de la alcaldía municipal, recogía la mensajería que debía enviarse a otras entidades; y que, se encontraba casi siempre en la oficina de la secretaría de gobierno.
- Dice la testigo, que ella coordinaba el trabajo de adulto mayor y en la comisaría de familia, y que le entregaba documentos que él debía enviar a otras entidades, ello, dependiendo de la necesidad, sin que hubiera secuencia en ello; pues a veces podían ser varias en el día, a veces día de por medio.
- Afirma que lo veía movilizándose en su motocicleta, que le servía a todas las dependencias de la alcaldía, y que, cumplía el horario de los demás, de 8 a 12 y de 2 a 6.
- Refiere que al señor José Robinson se le llamaba para recoger la correspondencia que se requería.

Esta testigo es tachada por el apoderado judicial de la parte demandada, por tener una reclamación administrativa ante el municipio de Villamaría por hechos similares.

Claudia Viviana Sánchez Rojas.

- Manifestó que entró a trabajar en la alcaldía de Villamaría en el año 2012 y que, tuvo conocimiento que el señor José Robinson Ramírez trabajaba como mensajero de dicho ente territorial.
- Sostiene que el demandante llegaba diariamente a la alcaldía cumpliendo un horario, a las 7 o a las 8 de la mañana hasta las horas de la tarde.

- Refiere que ella, Claudia Viviana Sánchez no compartía oficina con el demandante, que ella estaba en su oficina del Sisbén, y que el demandante permanecía en la parte superior donde quedaba la oficina del alcalde y de gobierno, y dice expresamente *“yo imagino que allí quedaba su oficina”*; que si lo veía en diferentes oficinas.
- Afirma que al demandante se le llamaba por teléfono cuando se requería enviar documentación a otras partes, y que, quienes solicitaban el servicio eran las jefes de la testigo, no ella directamente.

Esta testigo es tachada por el apoderado judicial de la parte demandada, por haber presentado reclamación administrativa relacionada con contrato realidad ante el municipio, y que, confirió poder al apoderado de este proceso.

Ligia López Osorio

- Dice que conoció al señor José Robinson Ramírez en la alcaldía de Villamaría, cuando trabajaron juntos; cuando ella trabajó en servicios generales, 4 años en la casa de la cultura y otros 4 en la alcaldía, donde lo veía continuamente en la mañana.
- Sostiene que el demandante era mensajero de la alcaldía, que lo veía ingresar a varias dependencias con sobres y documentos que entregaba.

Esta testigo es igualmente tachada por el apoderado judicial de la parte demandada, por haber presentado reclamación administrativa relacionada con contrato realidad, y haber conferido poder para ello al apoderado de este proceso.

Miguel Ángel Mesa Arboleda

- El testigo afirma que ha sido vigilante, que era amigo del demandante, señor José Robinson Ramírez, y que, fueron compañeros de trabajo durante 6 años, entre el 2013 y 2019.
- Sostiene que el demandante era mensajero en las dependencias de la alcaldía, que lo llamaban de diversas dependencias y le entregaban sobres para llevar a otras entidades; y que, ello le consta porque le preguntaban por el señor José Robinson para tales fines.
- Dice que veía cuando le entregaban sobres y él salía en la moto, que no le consta que le preguntaran diariamente por el demandante, sino algunas veces en la semana; además porque su horario era variable.

Este testigo es igualmente tachado por el apoderado judicial de la parte demandada, por haber presentado reclamación administrativa relacionada con contrato realidad, y tener un proceso por los mismos hechos en el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito, proceso con radicado 2020 00051, y donde su apoderado es el mismo de este asunto.

5. De la tacha de los testimonios.

El artículo 211 del Código General del Proceso dispone con relación a la imparcialidad del testigo:

“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

De acuerdo con el artículo en precedencia, pasa entonces la Sala a resolver sobre la tacha formulada en los siguientes términos:

Se resalta que la tacha de testigos que formula el apoderado judicial de la parte demandada la hace considerando que los testigos tienen interés directo en el proceso, por cuanto ellos han presentado ante el municipio de Villamaría reclamaciones administrativas que tienen como fundamento los mismos hechos de la demanda de la referencia, y donde obra como apoderado judicial el mismo apoderado de la demandante en este asunto. Adicionando a la tacha formulada al testigo Miguel Ángel Mesa Arboleda, el hecho que éste tiene una demanda por los mismos hechos que acá se discuten, ante el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito, proceso que identifica con radicado 2020 00051.

Al proceder esta Sala con la verificación de la existencia de procesos con identidad fáctica y jurídica de los testigos en mención, respecto del proceso que se define, se encuentra que al realizar la consulta de procesos de la rama judicial², tanto en Juzgados Administrativos del circuito de Manizales, como en el Tribunal Administrativo de Caldas los nombres de los testigos relacionados anteriormente, no se encontraron resultados con ninguno de ellos, ni con el radicado suministrado por el apoderado judicial del municipio de Villamaría.

De igual manera, tampoco se encuentra dentro del proceso copia de las reclamaciones administrativas presentadas por los testigos en mención, donde den cuenta de la identidad de hechos y pretensiones con el proceso de la referencia.

Ahora, teniendo como cierta la afirmación del apoderado judicial del municipio de Villamaría, en cuanto a que los testigos, señoras Olga Lucía Ospina Torres, Claudia

Viviana Sánchez y Ligia López; y, el señor Miguel Ángel Mesa presentaron reclamaciones administrativas con los mismos supuestos fácticos que en este asunto, esa situación por sí sola, no resulta ser suficiente para aceptar la tacha formulada, por cuanto cada uno de los testigos manifestó haber trabajado en áreas diferentes y desempeñando diversas actividades a las del demandante, de manera, que no hay en ello identidad fáctica en las labores realizadas.

Sumado a lo anterior, las versiones de los testigos respecto de la subordinación y dependencia del ahora demandante, no implican identidad en una eventual declaratoria de relación laboral entre aquellos y el municipio de Villamaría, dado el caso que además de la reclamación administrativa se presenten demandas similares a la de este asunto.

Tampoco reposan dentro del proceso pruebas diferentes a la testimonial con las cuales se pueda estudiar la existencia de los elementos de una relación laboral entre el demandante y el demandado municipio; motivos por los cuales esta Sala no advierte de los testimonios rendidos, un interés en las resultas del proceso, parcialidad, o pretensión de favorecimiento de sus propios intereses; de manera que, no hay lugar a la prosperidad de las tachas formuladas, por lo que los testimonios mencionados serán valorados en concordancia con las demás pruebas que sean estudiadas en el presente asunto.

5. Caso concreto.

La Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub - lite concurrieron los elementos de la relación laboral; es decir, si se encuentra acreditada la subordinación, dependencia y prestación personal del servicio.

6.1. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte del señor José Robinson Ramírez Jiménez lo cual resulta coincidente con el objeto de los contratos, las pruebas documentales y testimoniales.

6.2. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por el demandante por la prestación de sus servicios relacionados con la mensajería en el municipio de Villamaría, situación que no es discutida dentro del presente asunto.

6.3. De la subordinación continuada, del lugar de trabajo, horario de labores y dirección de los servicios prestados.

El tema central en este punto de la discusión, radica en determinar si con las pruebas que reposan dentro del proceso se logró acreditar el elemento de subordinación continuada, el lugar de trabajo, el cumplimiento de órdenes y de un horario de labores del señor José Robinson Ramírez Jiménez en la prestación de sus servicios como “mensajero” del municipio de Villamaría; por ser este elemento, determinante en la declaratoria de una relación laboral encubierta.

De las pruebas estudiadas, se evidencia que, el señor José Robinson Ramírez Jiménez prestó sus servicios de apoyo a la gestión correspondiente a la entrega y distribución de correspondencia generada en la alcaldía municipal de Villamaría con destino a diferentes entidades.

No se encuentra acreditado dentro del proceso el cumplimiento de un horario, llamados de atención, asignación de tareas específicas, asistencia a reuniones, un lugar asignado para la prestación de sus servicios; tampoco la asignación de los elementos necesarios para el cumplimiento de las actividades contractuales, ni la existencia de un jefe que le diera órdenes que debiera cumplir el señor Ramírez Jiménez.

Los testigos dentro del presente asunto fueron coincidentes en afirmar que conocían al demandante José Robinson Ramírez Jiménez por haber prestado sus servicios en la alcaldía municipal de Villamaría, durante el tiempo que ellos, a su vez, afirman prestaron los servicios en diferentes dependencias de la entidad.

También refieren que, para la distribución de mensajería al señor en mención se le llamaba vía telefónica y se le citaba para el reparto de los documentos necesarios, y que éste tenía una moto de su propiedad para realizar las actividades.

Si bien es cierto las testigos Olga Lucía Torres y Claudia Viviana Sánchez hacen referencia al cumplimiento de un horario por parte del demandante, la primera afirma que era de 8 A.M a 12 y de 2 a 6 P.M., la segunda dice que cumplía horario entre las 7 u 8 A.M., hasta la tarde; y, al preguntar la Juez el porqué de su afirmación, exponen que porque lo veían en las distintas dependencias; no obstante, advierte esta Sala que, por cuanto el demandante no tenía asignado un lugar para el cumplimiento de sus actividades; por lo menos de ello no obra elemento de prueba y las testigos, afirman laboraban en la oficina del adulto mayor y comisaría de familia y, en la oficina del Sisbén, de lo que se advierte que, por ser oficinas diferentes no es posible precisar sin lugar a dudas, el cumplimiento del horario diariamente y sin interrupciones, además de no coincidir el conocimiento respecto de las vinculaciones del demandante por el espacio de tiempo referido en el libelo introductorio. Resaltando además que, la testigo Claudia Viviana Sánchez Rojas, dice en su testimonio que “imagina” donde

queda la oficina del demandante, siendo insuficiente ello para dar por sentadas sus afirmaciones al respecto.

Los testigos tampoco dan cuenta de la permanencia y continuidad en el desempeño de las actividades del señor José Robinson Ramírez, por cuanto afirman que el acudía al llamado telefónico, así como que, a veces el servicio podía prestarse varias veces al día, o día de por medio, o dependiendo de la necesidad del envío de correspondencia de la entidad.

De los testimonios rendidos, tampoco se desprende la subordinación, dependencia, cumplimiento del horario, lugar específico de trabajo ni dirección de los servicios prestados; y solo está claro que al demandante se le llamaba por teléfono para que fuera a distribuir alguna correspondencia, llamadas que no hacían los testigos, y, sólo la testigo Olga Lucía Ospina Torres, afirma haberlo hecho ella directamente.

Así pues, una cosa es la coordinación, propia de los contratos de prestación de servicios, la cual resulta necesaria para la eficiente ejecución del contrato suscrito; y otra cosa es la subordinación, que implica la sujeción del trabajador hacia el empleador, quien, de manera constante, debe obediencia al empleador respecto de las condiciones de tiempo, modo y lugar de realización del trabajo asignado.

Tampoco se encuentra acreditado dentro del proceso que en la planta de cargos del demandado municipio de Villamaría existiera un cargo que ejerciera las funciones de “mensajero” como se describe en los contratos suscritos entre las partes; y contrario a ello, en los contratos relacionados se dice expresamente que la entidad carece de empleados de planta para suplir esas necesidades.

Con relación a la prueba de la subordinación, el Consejo de Estado³ ha precisado:

“(…) En ese sentido, no puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, pero esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran.

Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la

³ Sección Segunda – Subsección A, providencia del 25 de noviembre de 2021, radicado 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16).

asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras. (...)”

Una vez valoradas las pruebas mencionadas, para esta Sala el demandante no logró acreditar la existencia del elemento subordinación y dependencia respecto del demandado municipio de Villamaría, no se acreditó que recibiera órdenes constantes y determinadas de algún empleado de dicho ente territorial, ni se tenía definido un lugar preciso de prestación del servicio, ni horario de labores determinado y asignado por el municipio; tampoco se demostró la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar; y menos aún, que éstas, correspondieran a empleados de planta del ente territorial; sin que sea viable en este caso la declaratoria de una relación laboral encubierta, debiéndose negar las pretensiones de la demanda como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

En virtud de lo expuesto, deben declararse prósperas las excepciones denominadas “*Inexistencia de la obligación*” y “*Cobro de lo no debido*”, propuestas por el municipio de Villamaría. Y, se declarará impróspera la excepción de “*Prescripción extintiva del derecho*”, por cuanto no hubo lugar a declarar la existencia de una relación laboral encubierta, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

7. Costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁴ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandada intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses, como la contestación de la demanda, asistencia a la audiencia inicial y de pruebas; y, presentación de alegatos de conclusión. Y, en vista que la parte demandante resultó vencida en el presente asunto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandante y en favor de la parte demandada. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P. William Hernández Gómez.

III. Falla

Primero: Declarar **prósperas las excepciones** denominadas *Inexistencia de la obligación* y *Cobro de lo no debido*, propuestas por el municipio de Villamaría.

Segundo. Declarar **impróspera la excepción** de *Prescripción extintiva del derecho*, formulada por el municipio de Villamaría.

Tercero: **Negar las pretensiones** de la demanda que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentó el señor José Robinson Ramírez Jiménez contra el municipio de Villamaría, Caldas.

Cuarto: Se condena en costas en esta instancia a la parte demandante y en favor del demandado municipio de Villamaría a título de agencias en derecho. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

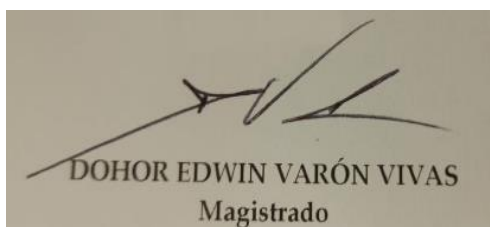
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia XXI".

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 206

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00105-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Aleyda Meza Morales
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 oficio NOM-233 del 08 de septiembre de 2021 emitido por el 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 de la 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“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 fundada 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, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro 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.

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”*.

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. (...)."

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”.

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

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

de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 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 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

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 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

⁵ *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.*

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”.*

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.

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”.

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”.

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 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

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.

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 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

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)

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 Lucía 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 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.

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)

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 cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 1 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-233 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas se negó 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 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. 23 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 04

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 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*

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)

*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 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:

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Gloria Aleyda Meza Morales 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. 54 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. 207

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00160-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Jorge Luis Bedoya Serrano
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 oficio NOM-571 del 22 de septiembre de 2021 emitido por el 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 de la 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”* e: *“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 fundada 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, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro 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.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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

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. (...)"

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

- 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 cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 14 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-571 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por el demandante.¹⁷

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

¹⁵ F. 79 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 62-65 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): \$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

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, 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 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

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 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Jorge Luis Bedoya Serrano 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. 54 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. 208

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00371-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Inés Arango De Zuluaga
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 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 ficto configurado el 06 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 6 de agosto de 2021 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 de la 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“falta de legitimación en la causa*

por pasiva”; “Falta De Legitimación En La Causa Por Pasiva De Las Entidades Que Represento, Para Asumir Pagos De Cesantías E Interés De Cesantías Cuando Las Mismas Son Reportadas Por La Entidad Territorial Extemporamente”; “Inexistencia De La Obligación”; Inexistencia Del Deber De La Nación – Mineducación – Fomag, De Pagar Indemnización Moratoria Por La Presunta Cancelación Tardía De Los Intereses De Las Cesantías Docentes”; “Imposibilidad Fáctica De Equiparar La Actividad Operativa “Liquidación De La Cesantía”, Realizada Por El Ente Territorial, Con La De “Consignación De La Cesantía”, Para Extender Las Previsiones Indemnizatorias de La Ley 50 De 1990”; “Régimen Especial Docente, No Resulta Per Se Violatorio Del Derecho A La Igualdad”; “Imposibilidad Operativa De Que Se Configure Sanción Moratoria Por Consignación Tardía”; “Procedencia Del Apartamiento Administrativo En Nuestro Ordenamiento Jurídico”; “Técnica De Distinción (Distinguishing) Como Razón Para No Aplicar Una Sentencia De Unificación Jurisprudencial, O Con Efecto Inter Pares”; “No Procedencia De La Condena En Costas”

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el artículo 57 de la ley 1955 de 2019 señala que 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, pero en ningún momento menciona que el pago de sus intereses debe hacerse antes del 30 de enero de la anualidad siguiente.

En relación con la Ley 50 de 1990, 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 de 1989, que creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que dispuso en el artículo 40.

Que así las cosas, la regla general es que todos los docentes deben estar afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y por ende están supeditados a las reglas que establecieron para sus prestaciones sociales como docentes afiliados al FOMAG, y en ninguna de estas reglamentaciones se establece que el pago de los intereses a las cesantías debe hacerse a más tardar el día 31 de enero de cada anualidad y sus cesantías sean consignadas en su cuenta individual hasta el día 15 de febrero de cada año.

Propuso como excepciones *“Inexistencia Del Derecho Reclamado”, “Falta De Legitimación En La Causa Por Pasiva”; “Cobro De Lo No Debido” “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...”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probadas las excepciones de *“Inexistencia del derecho reclamado”, “cobro de lo no debido” “errónea interpretación de la ley 50 de 1990 para las pretensiones del accionante”* propuesta por el municipio de Manizales y *“inexistencia de la obligación”, “Inexistencia del*

deber de la nación – Mineducación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes” e “Imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa “liquidación de la cesantía”, realizada por el ente territorial, con la de “consignación de la cesantía”, para extender las previsiones indemnizatorias de la ley 50 de 1990” propuestas por la Nación – Ministerio de Educación y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro 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 3º 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.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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 6^a 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 1^o de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6^o 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 3^o 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 1^o de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:

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 1^o de enero de 1942. (...). ”

(...)

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.

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.

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

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

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

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

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

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

Artículo 9°. Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los

aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la

entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes”. (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 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.

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

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”.

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.

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

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)

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 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

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.

¹¹ Sentencia SU041/20

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 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. ...

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)

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 Lucía 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 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

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)

a las cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.

➤ La demandante el 6 de agosto 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

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 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,

¹⁵ F. 20 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-6 Archivo digital: 04

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	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>

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

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)

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

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 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 21 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Inés Arango De Zuluaga contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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. 54 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. 209

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00372-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Ramon Valencia Bustamante
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 ficto configurado el 05 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada ante el departamento de Caldas, el 06 de agosto de 2021, 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 - Fomag

Se opuso a las pretensiones de la 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”*; *“Caducidad”*; *“Buena fe”* y *“Procedencia de la condena en costas en contra del demandante”*.

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 fundada 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, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro 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.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag solicitó confirmar la sentencia, para

lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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.

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

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

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 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

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

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 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

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.

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”.

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

- 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 cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 5 de agosto 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

¹⁵ F. 16 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-5 Archivo digital: 04

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 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	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>

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

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)

*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 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, 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 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,

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 21 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Ramon Valencia Bustamante 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. 54 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN 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. 210

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-006-2022-00373-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Olga Cardona Cardona
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 ficto configurado el 06 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada ante el departamento de Caldas, el 6 de agosto de 2021 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 de la 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso las excepciones: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”*; *“Caducidad”*; *“Buena fe”* y *“Procedencia de la condena en costas en contra del demandante”*.

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 probadas las excepciones de *“Inexistencia de la obligación”* propuesta por el departamento de caldas y la de *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”* propuestas por la Nación – Ministerio de Educación y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no encuentra fundamento alguno para declarar la nulidad del acto administrativo demandado, pues es claro 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.

5. Pronunciamiento no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fomag solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

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 6^a 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

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. (...)"

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*

³ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

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.

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

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

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 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 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...".

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.

⁵ *“Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.*

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 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

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”.

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 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

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.

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”.

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

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)

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.

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 cesantías de 2020, e Intereses a las cesantías de ese año, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 6 de agosto 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

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 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

¹⁵ F. 17-18 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 1-6 Archivo digital: 04

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 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	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>

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

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)

*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 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

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 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,

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Olga Cardona Cardona 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. 54 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Sala Segunda de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I.239

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17 001 23 33 000 2023 00129 00
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Medio Ambiente Ingeniería S.A.S.
Demandado:	Agencia Nacional de Minería – ANM -

Procede la Sala de decisión a resolver sobre la admisión de la demanda.

Antecedentes

En el asunto de la referencia se presentó demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Agencia Nacional de Minería – ANM - cuyas pretensiones son las siguientes:

“1. Que se decrete la Nulidad de la Resolución No. RES-210-1539 del 22/12/20, producida por el Grupo de Contratación Minera de la Vicepresidencia de Contratación y Titulación de la Agencia Minera “Por medio de la cual se entiende se declara (sic) el desistimiento de la propuesta de contrato de concesión No. RBO-10431 del 22 de diciembre de 2020”.

2. Que, igualmente, se declare la Nulidad de la Resolución No. RES-210- 5240 del 22/06/22, “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE RECURSO DE REPOSICIÓN PRESENTADO CONTRA LA RESOLUCIÓN No. 210-1539 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2020 DENTRO DE LA PROPUESTA DE CONTRATO DE CONCESIÓN No.RBO-10431”

3. Que como consecuencia del decreto de la nulidad de los actos administrativos citados en las pretensiones 1 y 2, se restablezca el derecho de mi mandante, ordenando a “Agencia Nacional de Minería – Vicepresidencia de Contratación y Titulación – Grupo de Contratación Minera” continuar adelante con el estudio y trámite de la solicitud de concesión presentada por mi representada el día 24 de febrero de 2016, para la exploración y explotación de un yacimiento de Minerales de metales preciosos (oro) y sus concentrados y de los depósitos

aluviales en los municipios de La Merced y Pácora, en el departamento de Caldas, propuesta que corresponde al expediente No RBO-10431.

4. Que se condene en costas al ente demandado.”

La demanda de la referencia fue remitida por competencia por parte de la Sub Sección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, mediante auto de 16 de junio de 2023.

A la demanda se anexan varios documentos, incluidos los actos demandados y las notificaciones de éstos, y se encuentra que la resolución número 210-5240 del 22/06/22, *“por medio de la cual se resuelve recurso de reposición presentado contra la resolución no. 210-1539 del 22 de diciembre de 2020 dentro de la propuesta de contrato de concesión no. rbo-10431”*, fue notificada el 24 de junio de 2022, como consta en documentos adjuntos y en el documento enviado en esa fecha a las 07:28 a.m. a Medio Ambiente Ingeniería SAS por el Coordinador del Grupo de Gestión de Notificaciones.

Consideraciones de la Sala

Una vez hecho el recuento antes mencionado, el cual da cuenta de las pretensiones de la demanda, los actos demandados y las fechas de notificación de éstos, procede esta Sala a estudiar sobre la caducidad dentro del asunto de la referencia.

El numeral 2, literal d), del artículo 164 del CPACA, establece:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;”

En el presente asunto se demandan las resoluciones números RES-210-1539 del 22/12/20 *“Por medio de la cual se entiende se declara (sic) el desistimiento de la propuesta de contrato de concesión No. RBO-10431 del 22 de diciembre de 2020”*; y RES-210- 5240 del 22/06/22, *“por medio de la cual se resuelve recurso de reposición presentado contra la resolución no. 210-1539 del 22 de diciembre de 2020 dentro de la propuesta de contrato de concesión no. rbo-10431”*.

Esta última resolución, RES-210- 5240 del 22/06/22 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición, fue notificada el 24 de junio de 2022, como consta en los documentos anexos de la demanda, y en el correo enviado por la Agencia Nacional de Minería a la parte demandante el 24 de junio de 2022 a las 07:28 a.m.

La demanda se radicó el 8 de noviembre de 2022, como consta en el acta individual de reparto del Consejo de Estado; fecha que, es coincidente con los antecedentes consignados en el auto del 26 de junio de 2023, mediante el cual se remitió por competencia a este Tribunal.

Ahora bien, el término de caducidad de 4 meses en este asunto se cuenta desde el 25 de junio de 2022, por ser éste el día siguiente de la notificación de la resolución RES-210- 5240 del 22/06/22, debiendo presentarse la demanda a más tardar el día 25 de octubre de 2022; no obstante, la demanda se presentó el día 8 de noviembre, esto es, 14 días después de vencido el término de caducidad.

Por lo expuesto, para esta Sala de decisión, en el presente caso operó el fenómeno jurídico de la caducidad para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; en consecuencia, se rechazará de plano la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 numeral 1° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo expuesto, el **Tribunal Administrativo de Caldas,**

II. Resuelve:

Primero: Rechazar de plano la demanda presentada por **Medio Ambiente Ingeniería S.A.S.** contra la **Agencia Nacional de Minería – ANM** - por operar el fenómeno de la caducidad.

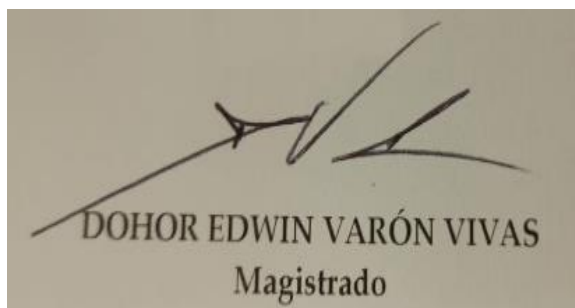
Segundo: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “*Justicia XXI*”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 205

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado: 17-001-23-33-000-2023-00136-00
Naturaleza: Validez de Actos Administrativos
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Concejo y municipio de Viterbo (Caldas)

Se emite fallo con ocasión a la solicitud de estudio de validez, respecto del Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023 *“Por el cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias”* del municipio de Viterbo.

I. Antecedentes

1. Sustento fáctico

Se expone en la solicitud que, el Acuerdo en mención fue aprobado por el Concejo de Viterbo en los dos debates reglamentarios en sesiones extraordinarias los días 1 y 16 de junio de 2023, siendo sancionado el 17 de junio de 2023 por el Alcalde municipal.

2. Normas violadas y concepto de la violación

Se señala que, el Acuerdo objeto de revisión, vulneró lo establecido en el Decreto Ley 019 de 2012, artículo 228 que modifica el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, por cuanto, en los documentos enviados por el municipio a la Gobernación para la revisión del Acuerdo Municipal 001 de 2021, no se anexaron la aprobación ni el estudio técnico en que se basa dicho Acuerdo de la modernización y/o los documentos que soporten el acompañamiento de esta entidad o de la ESAP en el desarrollo del acto administrativo.

Que el mencionado Acuerdo, vulnera el artículo 313, numeral 6 de la Constitución Política, toda vez que no se aportó el estudio técnico que justificó sus necesidades del servicio o razones que conllevo a la modificación de la estructura organizacional de la ESE Hospital San José.

3. Pronunciamiento de los sujetos procesales

Las partes guardaron silencio.

4. Concepto Ministerio Público

Conceptuó señalando que, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, la reestructuración o reforma a una planta de personal debe obedecer a motivos de interés general, así mismo, debe contar con los estudios técnicos que la justifiquen, de conformidad con lo dispuesto en la ley 909 de 2004 y sus normas reglamentarias.

Sostuvo que el acto enjuiciado, desconoció los artículos 313 numeral 6, 315 numeral 6, 345 de la Constitución Política, artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012 que modificó el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, por ello, solicitó declarar la invalidez del acuerdo municipal.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedibilidad del medio de control

El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, tiene lugar por solicitud del Gobernador, con arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución, para *“revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”*.

Entre tanto, el artículo 118 del Decreto 1333 de 1986 establece como atribuciones del Gobernador: *“8º Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”*. (Se resalta)

2. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto por las partes, el asunto jurídico a resolver se centra en

establecer: *¿Está viciado de nulidad el Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023 “Por el cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias”, toda vez que no estuvo basado en justificaciones o estudios técnicos elaborado bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP?*

Para resolver el interrogante planteado, se hará referencia a: i) la normativa aplicable a la reestructuración administrativa y ii) el análisis del caso concreto.

3. Normativa aplicable a la reestructuración administrativa

El artículo 228 del Decreto Ley 19 de 2012 *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, establece:*

“ARTÍCULO 228. REFORMAS DE PLANTA DE PERSONAL. Modifíquese el artículo 46 de la Ley 909 de 2004, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 46. Reformas de planta de personal. Las reformas de plantas de personal de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse, fundarse en necesidades del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública -ESAP-.

El Departamento Administrativo de la Función Pública adoptará la metodología para la elaboración de los estudios o justificaciones técnicas, la cual deberá ceñirse a los aspectos estrictamente necesarios para soportar la reforma a las plantas de personal.

Toda modificación a las plantas de personal de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva del poder público del orden nacional, deberá ser aprobada por el Departamento Administrativo de la Función Pública.” (Se resalta)

Aunado a lo anterior, el Decreto 1083 de 2015, *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”, señala:*

“ARTÍCULO 2.2.12.2. Motivación de la modificación de una planta de empleos. Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del **estudio técnico** de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:

1. Fusión, supresión o escisión de entidades.
2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.
3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.
4. **Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.**
5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.
6. **Redistribución de funciones y cargas de trabajo.**
7. Introducción de cambios tecnológicos.
8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.
9. Racionalización del gasto público.
10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.

PARÁGRAFO 1. Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

ARTÍCULO 2.2.12.3. Estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos. Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:

1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.
2. Evaluación de la prestación de los servicios.
3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos”.

Conforme a lo anterior, las reformas de plantas de empleos de las entidades de la Rama Ejecutiva de los órdenes nacional y territorial, deberán motivarse y fundarse en necesidades

del servicio o en razones de modernización de la Administración y basarse en justificaciones o estudios técnicos que así lo demuestren, elaborados por las respectivas entidades bajo las directrices del DAFP y de la ESAP, basados en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo; evaluación de la prestación de los servicios y de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.

Por otra parte, de conformidad con el numeral 6º del artículo 313 de la Constitución Política, corresponde a los concejos:

“6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”.

El numeral 7º del artículo 313 Constitucional señala que, es atribución del alcalde:

“7. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”.

Así mismo, conforme al artículo 91 de la Ley 136 de 1994¹ modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo.

“d) En relación con la Administración Municipal:

...

3. Suprimir o fusionar entidades o dependencias municipales de conformidad con los acuerdos respectivos.

Los acuerdos que sobre este particular expida el Concejo, facultarán al alcalde para que ejerza la atribución con miras al cumplimiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad definidos por el Artículo 209 de la Constitución Política.

¹ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

4. Crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijarles sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”.

Los acuerdos que sobre este particular se expidan podrán facultar al alcalde para quien sin exceder el monto presupuestal fijado, ejerza dicha función pro tempore, en los términos del Artículo 209 de la Constitución Política”.

De acuerdo a lo anterior, es el Concejo Municipal el competente para determinar la estructura de la administración y las funciones de las dependencias; mientras que al alcalde le corresponde crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

4. Caso Concreto

Señala el departamento de Caldas que, el *Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023 “Por el cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias”*, fue expedido de forma irregular toda vez que, en los documentos enviados por el municipio a la Gobernación, no se anexaron la aprobación ni el estudio técnico en que se basa dicho Acuerdo de la modernización y/o los documentos que soporten el acompañamiento de esta entidad o de la ESAP en el desarrollo del acto administrativo.

Al respecto fueron aportadas las siguientes pruebas:

- En la exposición de motivos del Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023, suscrita por el alcalde de Viterbo, se indicó: *“Que mediante Resolución No. 350 de Diciembre 30 de 2022 el alcalde municipal designó un equipo interno de trabajo, el cual llevo a cabo todo el proceso de rediseño y modernización organizacional de la ESE Hospital San José de Viterbo (...)”*²
- Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023 *“Por el cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias”* del municipio de Viterbo, en el que se dispuso:

“(…)”

² Pág. 16 a 17 AD “002”

- Que el honorable Concejo Municipal mediante acuerdo No 004 de mayo 24 de 2007 definió la naturaleza jurídica de la ESE Hospital San José del Municipio de Viterbo Caldas, como una categoría especial de entidad pública, descentralizada del orden municipal.

- Que de conformidad con el artículo noveno literal R del citado acuerdo No 004 de 2007, le corresponde al Concejo municipal determinar la estructura orgánica funcional de la ESE Hospital San José de Viterbo caldas.

(...)

ACUERDA

ARTÍCULO 1°. INTEGRACIÓN. Conforme a lo previsto en el artículo 5o del decreto 1876 de 1994, que reglamenta las Empresas Sociales del Estado, la Dirección de las ESE está conformada por la Junta Directiva y el Gerente, por tanto, la estructura de la ESE Hospital San José de Viterbo Caldas, está integrada por:

1. JUNTA DIRECTIVA

2 GERENCIA HOSPITAL SAN JOSÉ.

(...)

ARTICULO 4°. ESTRUCTURA (Ley 1438/2011 y decreto 2993/2011). La Junta Directiva del ESE hospital San José de Viterbo Caldas estará integrada por cinco (5) miembros así:

1. Alcalde Municipal, o su delegado

2. Secretario de salud municipal o quien haga sus veces.

3. Dos representantes de la ESE Hospital San José, elegidos por voto secreto, uno del área de prestación de servicios de salud y uno del área administrativa, que sean de planta y del nivel directivo o profesional.

4. Un representante de los usuarios, designado por las alianzas o asociaciones de usuarios legalmente establecidas, mediante convocatoria realizada por parte de la secretaria de salud municipal o quien haga sus veces.

(...)

ARTÍCULO 6 ° Para el cumplimiento de las funciones generales del municipio y el ejercicio pleno de sus competencias y atribuciones constitucionales y legales, determinase la Estructura de la ESE Hospital San José, de la siguiente manera:

ÍTEM	NOMBRE ÁREA Y/O SECCIÓN ADMINISTRATIVA
1	JUNTA DIRECTIVA
2	GERENCIA
3	CONTROL INTERNO (AUTORIDAD STAFF)
4	ÁREA ADMINISTRATIVA
5	ÁREA DE SERVICIOS ASISTENCIALES EN SALUD

(...)"³

- Documento del 17 de junio de 2023 suscrito por el alcalde del municipio de Viterbo, mediante el cual sancionó el Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023⁴.
- El alcalde del municipio de Viterbo, según comprobante de remisión de fecha 23 de junio de 2023⁵, dirigido al correo actosmunicipales@gobernaciondecaldas.gov.co, acreditó el envío del Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023 al departamento de Caldas para realizar la revisión del mismo.
- De acuerdo con el Oficio S.J. 1092 del 12 de julio de 2023, la Secretaría Jurídica del departamento de Caldas, requirió al alcalde de Viterbo, para que allegara la siguiente información relacionada con el Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023:

"1. El Estudio Técnico que justificó las necesidades del servicio o razones de la modernización que conllevó a la adopción del rediseño y modificación de la Estructura Organizacional de la ESE Hospital San José del Municipio de Viterbo, Caldas y las funciones generales de sus dependencias elaborado por las respectivas entidades bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP.

2. Resolución Nro. 350 del 30 de diciembre de 2022 por la cual el Alcalde Municipal designo un equipo interno de trabajo.(...)"⁷

- Según el oficio S.J. 1117 del 18 de julio de 2023, la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, requirió nuevamente al alcalde del municipio de Viterbo la información solicitada a través del oficio 1092 de 12 de julio de 2023.⁸

Conforme a lo señalado en la normativa referida en líneas precedentes, se observa que el Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023, determinó la estructura funcional de la ESE Hospital San José de Viterbo, lo cual constituye una modificación en la estructura orgánica de la entidad.

No obstante lo anterior, no fueron aportadas las justificaciones o el estudio técnico de que

³ Pág. 18-38 AD "002"

⁴ Pág. 40 Ibidem

⁵ Pág. 41 AD "002"

⁶ Pág. 41 AD "002"

⁷ Pág. 42-44 Ibidem.

⁸ Pág. 45 ibidem

habla el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 (modificado por el artículo 228 del Decreto Ley 019 de 2012), que sirva como base para fundamentar el cambio.

De acuerdo los oficios S.J. 1092 del 12 de julio de 2023 y S.J. 1117 de la misma calenda, la Secretaría Jurídica del Departamento requirió en dos ocasiones al alcalde del municipio del Viterbo para que allegara las justificaciones o estudio técnico, no obstante, no obtuvo respuesta.

Así mismo, esta Corporación por medio de providencia del 29 de agosto hogaño⁹, requirió tanto al Concejo como al municipio de Viterbo, para que remitiera: *i) copia de la Resolución No. 350 del 30 de diciembre de 2022, mediante la cual el alcalde designó un equipo interno de trabajo, para determinar el proceso de diseño y modernización de la ESE Hospital San José de Viterbo y ii) el estudio técnico de rediseño y modernización institucional de la ESE Hospital San José de Viterbo*; no obstante ambas entidades guardaron silencio, lo cual permite inferir que el estudio técnico no existe.

Respecto a la necesidad del referido estudio técnico que preceda a la reestructuración o modificación administrativa, el Consejo de Estado¹⁰ ha sostenido que:

“(...) Tratándose de supresión de empleos de carrera administrativa, las referidas disposiciones legales consagran como exigencia previa para ese particular proceso, la elaboración de un estudio técnico como sustento de la reforma a las plantas de personal. Se trata entonces de una formalidad, como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inobservancia genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que le siguen, en tanto se configura una expedición irregular. Sobre el particular, observa la Sala que en un asunto de similares connotaciones esta Sección, accedió a las pretensiones de la demanda en providencia de 11 de marzo de 2010, radicado No. 0343-2008, actor Walter Darío Fernández Muñoz, y en relación con el estudio técnico concluyó:

*“Conforme a las pruebas aportadas al proceso, la Sala observa que es evidente que el Estudio Técnico presentado por el Gerente General del Instituto de Deportes y Recreación - INDER ante la Junta Directiva del Instituto, fue el documento elaborado por la Empresa Multiapoyos S.A. y el que finalmente **sirvió de soporte para la modificación de la estructura de la Entidad demandada.** (...) Se concluye que el*

⁹ AD “012”

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. 19 de agosto de dos 2010 Rad.: 05001-23-31-000-2001-01578-01(1971-09)

*Estudio Técnico que sirvió de fundamento para la modificación de la Planta de Personal en el INDER, llevada a cabo mediante la Resolución No. 017 de 23 de enero de 2001, no cumplió los requisitos legales previstos en las normas en comento, toda vez que no puede fundamentarse únicamente en la necesidad de racionalizar el gasto público de la administración, sin que exista un análisis de los procesos técnicos, misionales y de apoyo; ni la evaluación de funciones asignadas, perfiles y cargas de trabajo de los empleos den(sic) Ente acusado, **situación que hace procedente la nulidad de los actos acusados por desconocimiento del ordenamiento jurídico.**" (Se resalta)*

La misma alta Corporación¹¹ ha indicado que, se compromete la legalidad de los actos de reestructuración que no estén precedidos de estudios técnicos, al señalar:

"De esta manera, se concluye que los estudios técnicos se erigen como presupuesto, que compromete la legalidad del proceso de reestructuración administrativa, pues su inexistencia o incumplimiento de los requisitos legales genera, como consecuencia, la nulidad de los actos que con fundamento en dicho proceso se expidan, en tanto se configura una expedición irregular." (Se resalta)

5. Conclusión

Colofón de lo expuesto, encuentra la Sala que el Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023, no fue expedido conforme a las normas en las que debía fundarse, por cuanto, no está basado en justificaciones o estudios técnicos elaborados bajo las directrices del Departamento Administrativo de la Función Pública y de la Escuela Superior de Administración Pública - ESAP, que justifique la necesidad de modificar la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias, de conformidad con lo señalado en el artículo 46 de la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1083 de 2015.

En ese orden de ideas y sin necesidad de consideraciones adicionales, se declarará la invalidez del Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023, expedido por el Concejo de Viterbo - Caldas.

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. 10 de febrero de 2011. Rad.: 68001-23-31-000-2002-01286-01(2016-09)

FALLA

Primero: Declarar la invalidez del Acuerdo 016 del 17 de junio de 2023 “Por el cual se modifica la estructura organizacional de la ESE Hospital San José y las funciones generales de sus dependencias”, expedido por el Concejo Municipal de Viterbo - Caldas.

Segundo: Comuníquese esta determinación al señor Alcalde de Viterbo, al señor Presidente del Concejo de la misma localidad y al señor Gobernador de Caldas.

Tercero: En firme esta sentencia, **archivar** el expediente previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 54 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 PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-23-33-000-2022-00013-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	PEDRO JOSÉ RUSINQUE SUÁREZ
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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 primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial del acto administrativo 4659-6 el 16 de septiembre de 2021, frente a petición presentada el 17 de agosto de 2021, en cuanto negó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación del demandante a la edad de 55 años, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.
2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y las primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado, es decir, a partir del 1 de agosto de 2010.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionado, es decir, a partir del 1 de agosto de 2010.
2. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA.

3. Condenar a la demanda al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- El demandante nació el 14 de agosto de 1954, por lo que en la actualidad tiene más de 55 años.
- El actor fue vinculado como empleado público por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el día 28 de septiembre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1991.
- El señor Rusinque Suárez fue vinculado como docente para el municipio de La Dorada en la institución Educativa Renán Barco por contrato desde el 9 de marzo hasta el 30 de noviembre de 1999, por medio de la Fundación Iberoamericana los Libertadores y la secretaría de Educación del departamento de Caldas.
- El actor fue vinculado como docente por contrato, por medio de la Fundación Iberoamericana Los Libertadores y la secretaría de Educación del departamento de Caldas para el municipio de La Dorada en la institución educativa Renán Barco desde el 9 de marzo hasta el 23 de junio de 2000, y del 17 de julio hasta el 7 de diciembre de 2000.
- El accionante fue vinculado como docente por contrato desde el 1 de mayo de 2001 por medio del Centro Educativo Vida CEVIDA y la secretaría de Educación del departamento de Caldas para el municipio de La Dorada en la Institución Educativa Renán Barco hasta el 30 de noviembre de 2001.

- Que fue vinculado por órdenes de prestación de servicios, autorización 992 del 18 de marzo de 2002, en la secretaría de Educación del departamento de Caldas como docente en la Institución Educativa Renán Barco hasta el 30 de noviembre de 2002. También con autorización nro. 79 del 27 de enero de 2003, en la secretaría de Educación departamental de Caldas en la institución educativa Renán Barco, hasta el 30 de noviembre de 2003.
- El señor Rusinque Suárez fue vinculado a la docencia oficial mediante nombramiento el 13 de abril de 2004 hasta la fecha de presentación de la demanda.
- Al completar los 55 años de edad y los 20 años de servicios oficial solicitó la pensión ordinaria de jubilación a la demandada para que le fuera reconocida a partir del 1 de agosto de 2010, resolviéndose la petición de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 1 de la Ley 33 de 1985; numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003. Aseguró que a los docentes vinculados con anterioridad al año 2003, se les aplican las normas anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, en atención al contenido de la Ley 91 de 1989, es decir, la Ley 33 de 1985 como servidores públicos regulares, o se si trata de docentes que tenían aportes al sector privado la Ley 71 de 1988, para la pensión por aportes.

Aclaró que el demandante se encuentra vinculado con anterioridad al 23 de junio de 2003, y a partir de ese momento se entiende vinculado para los efectos del cumplimiento del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, pues no se puede olvidar que la expresión “vinculados” la desarrolla la norma, y su finalidad es proteger las situaciones de los docentes que tuvieron tiempo de servicio anterior, como es el caso del actor.

Añadió que reconocer la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 100 de 1993 vulneraría las normas que regulan el régimen docente, en especial la Ley 812 de 2003 que permite haber laborado antes del año 2003 para acogerse a las prerrogativas de la Ley 33 de 1985.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En relación con los hechos adujo indicó de su gran mayoría que no le constaban a la entidad, y que se atenía a lo que se lograra demostrar en el proceso, destacando que la vinculación del docente se produjo el 13 de abril de 2004.

En cuanto a las pretensiones se opuso a la prosperidad de las mismas, al aducir que el estudio de la pensión debe realizarse bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por remisión analógica de la Ley 812 de 2003.

Indicó que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 mantuvieron el régimen del que venían gozando en cada entidad territorial; y los nacionales y los que se vincularon a partir del 1° de enero de 1990 se rigen por las disposiciones aplicables a los empleados público nacionales, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan a futuro, al tenor de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Que para el presente caso el demandante se vinculó en propiedad con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que sus derechos pensionales se rigen por la Ley 100 de 1993, lo que significa que no tiene derecho al reconocimiento de la pensión según lo previsto en la Ley 91 de 1989.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** adujo que el legitimado por pasiva es la secretaría de Educación como ente nominador por ser quien realizó el estudio fáctico y jurídico a fin de determinar si le asistió el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación y bajo qué montó debía cancelársele la mesada pensional.
- **Falta de integración de litisconsorcio necesario – secretaria de educación municipio de Pereira:** precisó que debió ser con la secretaría de Educación del municipio de Pereira con quien debió discutirse la relación jurídico sustancial entre el actor y la administración en relación con la supuesta relación laboral que ni siquiera fue solicitada en la demanda.
- **Ineptitud sustancial de la demanda por no agotamiento de la reclamación administrativa:** ya que no se vislumbra la reclamación realizada a la secretaría de educación municipal de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral.
- **Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad:** los actos administrativos demandados se encuentran ajustados a derecho.
- **Inaplicabilidad de los intereses de mora:** en caso de encontrar aplicable la normatividad regulada en la Ley 100 de 1993, manifiesta que el reconocimiento y pago de los intereses moratorios alegados con la demanda son improcedentes, toda vez que la discusión del

derecho será objeto de estudio dentro del presente proceso; razón por la cual en la actualidad no se encuentran supuestos facticos y jurídicos que logren acreditar tal derecho

- **prescripción de mesadas:** afirmó que en caso de existir una posibilidad de condena, se declare la prescripción de 3 años anteriores a la presentación de la demanda, conforme el Decreto 1848 de 1969.
- **Condena en costas:** solicitó, si en gracia de discusión hubiese lugar a una sentencia condenatoria, no se condene en costas a mi representada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: no presentó alegatos de conclusión.

Parte demandada: insistió en los argumentos plasmados en la contestación de la demanda.

CONSIDERACIONES

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

Al momento de proferir auto conforme al artículo 182A del CPACA se estableció como segundo problema jurídico determinar si el demandante tenía derecho a que se le reconociera una pensión de jubilación por aportes. Sin embargo, este interrogante se modificará, en atención al material probatorio, para plantearlo en el sentido de si el demandante tiene derecho a que se le reconozca una pensión de jubilación.

Así las cosas, los interrogantes a despejar en esta sentencia serán los siguientes:

1. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable al actor?
2. ¿Tiene derecho el señor Pedro José Rusinque Suárez a que se le reconozca una pensión de jubilación?

Si hay lugar a la pensión deberá la Sala resolver:

3. ¿El actor goza de los beneficios consagrados en la ley para el régimen pensional de los docentes, frente a la compatibilidad con otras pensiones, que le permita seguir laborando como docente?
4. ¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, el señor Pedro José Rusinque Suárez nació el 14 de agosto de 1954.
- Según el formato único para la expedición de certificado de historia laboral, el demandante comenzó a laborar en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 28 de septiembre de 1981 hasta el 30 de noviembre de 1991. En este documento además se indica que la entidad a la cual se realizaron los aportes fue Cajanal.
- Según certificado expedido por el recto de la Institución Educativa Renán Barco del municipio de La Dorada, el accionante prestó sus servicios en esa institución educativa de la siguiente manera:



- La directora administrativa de la secretaría de Educación del municipio de La Dorada certificó lo siguiente:



- Reposan las siguientes autorizaciones de servicios:
 - Autorización nro. 992 del 18 de marzo de 2002, a través de la cual el demandante quedaba autorizado para prestar sus servicios en el Colegio Bosques del Norte de Manizales, la cual tenía una vigencia por el año 2002.
 - Autorización nro. 79 del 27 de enero de 2003, a través de la cual el demandante quedaba autorizado para prestar sus servicios en el Colegio Bosques del Norte de Manizales, la cual tenía una vigencia por el año 2003.
- Acta de posesión nro. 1118 del 13 de abril de 2004, mediante la cual el actor tomó posesión del cargo de docente en provisionalidad en el Colegio Renán Barco del municipio de La Dorada, para el cual fue nombrado mediante Decreto 00386 del 1 de abril de 2004.
- Acta de posesión nro. 506 del 21 de julio de 2008, mediante la cual el accionante tomó posesión del cargo de docente en la Institución Educativa San Agustín del municipio de Samaná; nombramiento en periodo de prueba, realizado con Decreto 812 del 15 de julio de 2008.
- Acta de posesión nro. 582 del 3 de julio de 2009, mediante la cual el actor tomó posesión del cargo de docente en la Institución Educativa San Agustín del municipio de

Samaná; nombramiento en propiedad, realizado con Resolución nro. 3387 del 30 de junio 2009.

- Según formato de expedición de certificado de historia laboral, el accionante fue nombrado en propiedad en el Instituto Integrado San Agustín mediante Resolución 3387 del 30 de junio de 2009. En este certificado que data del 25 de junio de 2021 se indica que está activo.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable al actor?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que al reportar el demandante vinculaciones como docente con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, en virtud de la Ley 91 de 1989, su situación pensional no se regiría por la Ley 100 de 1993, sino que gozaría del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional.

El Consejo de Estado mediante sentencia del 17 de junio de 2022 proferida por la Subsección "A" de la Sección Segunda en el proceso con radicado 15001-23-33-000-2019-00357-01 (4678-2021), en un caso en el que se buscaba el reconocimiento de una pensión por aportes para un docente que había tenido vinculaciones por órdenes de prestación del servicio indicó sobre la posibilidad de reconocer este tiempo como válido para el reconocimiento pensional lo siguiente:

A partir de lo expuesto, se observa en el sub examine que la libelista se desempeñó como docente en instituciones educativas del municipio de Sogamoso en los siguientes períodos: i) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1994, ii) del 13 de febrero al 30 de noviembre de 1995, iii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1996, 1997 y 1998 respectivamente, iv) del 1.º de marzo al 30 de noviembre de 1999, v) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 2001 y 2002 respectivamente, y vi) del 3 de febrero al 5 de diciembre de 2003. Estas vinculaciones concretadas a través de sendas órdenes de prestación de servicios con objetos claramente de cumplimiento de funciones de enseñanza.

Por otro lado, se destaca que la demandante igualmente ha ejercido labores como servidora pública en calidad de docente oficial al servicio del ente municipal en comento, luego de ser nombrada en provisionalidad y posteriormente en propiedad en el lapso comprendido entre el 6 de febrero de 2004, y al menos, conforme al hecho tercero del escrito introductor, hasta la fecha de presentación de la demanda (16 de julio de 2019)¹. Por lo anterior, durante estos últimos períodos no existe duda de la

¹ Ver sello de presentación personal ante la Oficina Judicial obrante a folio 21 del plenario.

existencia de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado como educadora de este.

Ahora, si bien no se niega la existencia de contratos de prestación de servicios de la demandante con la mentada entidad territorial, lo cierto es que tal hecho de ninguna manera implica asumir que la calidad de sus actividades fue otra diferente a la de una docente oficial propiamente dicha, esto al margen de que los efectos jurídicos en cuanto a la relación laboral no se hayan configurado en su momento.

Lo expuesto implica que sin perjuicio del vínculo contractual existente en los lapsos aludidos, y sin que en esta sentencia se emita pronunciamiento sobre una eventual declaratoria de existencia de una relación laboral para aquella época, sí debe entenderse que la señora Carvajal Meléndez ejerció funciones propias e inherentes a la condición de docente estatal en cada uno de sus interregnos de ejecución.

Adicionalmente, esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado², en la cual se precisó que «[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajen, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]».

A partir de este razonamiento, se deduce preliminarmente que ante casos en los que se avizora el desempeño de actividades y funciones como docente, fundada en vínculos contractuales con entidades de derecho público o a su servicio, es posible tener por configurados los tres elementos constitutivos de una relación laboral, con fundamento en que la misma naturaleza de la actividad desarrollada por un educador, hace que esta sea necesariamente personal, remunerada y sometida a reglamentaciones, instrucciones y lineamientos de obligatorio cumplimiento.

Esto en la medida en que la educación es un servicio público esencial regulado por directrices imperativas inherentes a la ejecución de una política pública. Lo anterior se asegura sin perjuicio de la carga probatoria que le corresponde al docente para «[...] demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea

² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta [...]»³.

A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el tener como demostrada a favor de la libelista la prestación de servicios propios de una docente oficial por el tiempo que se ejecutaron los contratos respectivos celebrados entre aquella y el municipio de Sogamoso. Ello en atención a que los mentados vínculos contractuales, en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores de la demandante como educadora estatal y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad, tal como fue deprecado en la demanda.

No obstante, debe resaltarse que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron los efectos de la referida situación, solo a los impactos que en lo atinente al derecho a la pensión conlleva esta evidencia de una relación laboral oculta, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues ello no había sido materia de discusión.

En suma, para el caso sub iudice, las referidas consideraciones únicamente implican tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación por parte de la señora Carvajal Meléndez, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones.

Lo expuesto también ha sido materia de pronunciamiento por parte de esta Sala con base en las consideraciones esbozadas, específicamente para casos de reconocimiento⁴ y de reliquidación pensional⁵, que fueron analizados bajo los mismos supuestos del sub examine, relacionados con una docente que se desempeñó como tal a través de contratos de prestación de servicios.

Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019⁶, emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente

³ Ídem.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 11 de febrero de 2021 dictadas en los procesos con radicados: 81001-23-33-000-2013-00079-01 (4021-2014) y 81001-23-33-000-2013-00005-01 (4114-2014); así como en providencia del 18 de febrero de 2021 proferida en el proceso con radicado: 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 18 de noviembre de 2020. Radicado: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019. Radicado: 680012333000201500569-01 (0935-2017).

con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en cuanto a las previsiones normativas sobre requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho.

Al revisar el material probatorio, se advierte que la accionante prestó sus servicios en la Institución Educativa Renán Barco en el año 1999; y mediante autorizaciones de servicios con la secretaría de Educación del departamento de Caldas en los años 2002 y 2003, con soporte en los cuales afirma que tiene vinculaciones anteriores a la Ley 812 de 2003.

Frente a este tema, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relativa al IBL de acuerdo a los regímenes existentes para los educadores; y en esa misma medida desarrolló los parámetros a tener en cuenta para los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con esta providencia, para determinar cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁷ que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Por su parte, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el*

⁷ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, 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:*

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

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

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

El Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019⁸, indicó que “El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Radicado número: 68001-23-33-000-2015-00569-01(0935-2017).

a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁹, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985¹⁰”.

De acuerdo a lo anterior, y para el caso concreto, se tiene que el demandante fue nombrado en provisionalidad en el año 2004. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993. Pero como en la demanda se argumenta que laboró como docente como docente antes del 2003, se procederá a revisar si esas vinculaciones son válidas para efectos pensionales.

De acuerdo al material probatorio, y según certificado que fue relacionado en el acápite de lo probado, efectivamente el accionante prestó sus servicios como docente en una institución educativa del municipio de La Dorada en los años 1999, 2002, y en el año 2003 antes de la expedición de la Ley 812 de ese año.

Ello denota que, para el caso del accionante, sí existió una vinculación como docente antes del año 2003, la cual según la sentencia de unificación le otorgaría el derecho de quedar cubierto por la transición de la Ley 812, y que denotaría que su situación pensional debe ser analizada bajo las normas que regulan el régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional, Ley 33 de 1985, o incluso la Ley 71 de 1988, en caso que tenga vinculaciones en el sector público y privado.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho el señor Pedro José Rusinque Suárez a que se le reconozca una pensión de jubilación?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que el demandante cumple los requisitos para reconocerle una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985, calculada con un ingreso base de liquidación conformado por los factores salariales percibidos en el año de adquisición del estatus sobre los cuales hubiera hecho aportes, conforme a la Ley 62 de 1985 y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019.

Según lo resuelto en el anterior problema jurídico, al accionante le asiste razón cuando indica que con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tuvo vinculaciones como docente; periodos de tiempo que le sirven para acreditar su calidad de educador, y que dan soporte para afirmar que tiene derecho a que su situación pensional se revise conforme el régimen

⁹ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

¹⁰ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional.

Se advierte que al tener vinculación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público su situación pensional encajaría en la hipótesis establecida en la Ley 33 de 1985, norma que en relación con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación dispuso:

El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

De conformidad con lo reseñado en el capítulo de pruebas, se puede concluir que el actor tiene el siguiente tiempo de servicios:

VINCULACIÓN	período		entidad donde prestó servicio y cargo	tiempo de servicios
	desde	hasta		
Ministerio de Hacienda y Crédito Público	28/09/1981	30/11/1991	Técnico administrativo 4065-07	10 años – 2 meses y 2 días
Contrato Fundación Iberoamericana Los Libertadores	9/03/1999	30/11/1999	Docente - Institución Educativa Renán Barco municipio de La Dorada	8 meses – 21 días
Autorización nro. 992 de 2002 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas	18/03/2002	Noviembre de 2002	Docente - Institución Educativa Renán Barco municipio de La Dorada	8 meses – 12 días
Autorización nro. 79 del 2003 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas	27/01/2003	Noviembre de 2003	Docente - Institución Educativa Renán Barco municipio de La Dorada	10 meses – 3 días
Nombramiento en provisionalidad	13/04/2004		Docente - Institución Educativa Renán Barco municipio de La Dorada	
Nombramiento en periodo de prueba	21/07/2008		Docente - Institución Educativa Renán Barco municipio de La Dorada	

Nombramiento en propiedad	3/07/2009	25/06/2021 (fecha del certificado)	Docente Institución Educativa San Agustín	17 años – 2 meses – 12 días
---------------------------	-----------	---------------------------------------	--	-----------------------------

Según certificado de factores salariales, desde el momento de la vinculación del docente en provisionalidad en el año 2004 no hubo interrupción del servicio, ya que sus factores salariales se certificaron de manera ininterrumpida año tras año hasta la data de la constancia.

Se tiene prueba de que el actor nació el 14 de agosto de 1954, por lo que cumplió los 55 años el 14 de agosto de 2009.

Significa que el señor Pedro José Rusinque Suárez adquirió el estatus pensional el día 5 de noviembre de 2011, pues en esa data cumplió el último requisito establecido en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, este es, el tiempo de servicios.

Así las cosas, el demandante efectivamente está cubierto por la Ley 33 de 1985 para efectos pensionales y cumple los requisitos de esta norma, por lo que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento de una pensión de jubilación, para ordenar que la misma sea otorgada a partir del 6 de noviembre de 2011.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, tal como quedó expuesto en sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985”*.

En punto a los factores salariales que deben tenerse en cuenta en la respectiva liquidación, el Consejo de Estado fijó la siguiente regla en la misma sentencia de unificación referida: *“En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta son solo los factores sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo”*.

El artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, estableció la liquidación de las pensiones de jubilación de la siguiente manera:

Artículo 1º. *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.*

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

En la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 ya citada, el Consejo de Estado precisó los efectos de la decisión con la cual se fijaron las reglas jurisprudenciales en materia de los factores que deben incluirse en la liquidación de la mesada pensional obtenida bajo la Ley 33 de 1985, específicamente para el caso de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003.

Indicó que el nuevo criterio señalado se aplicaría en forma retrospectiva, esto es, a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias, salvo aquellos en los que hubiere operado la cosa juzgada, que en virtud del principio de seguridad jurídica resultarían inmodificables.

Como se advirtió, la demandante tiene derecho a una pensión en los términos de la Ley 33 de 1985, y en cuanto al ingreso base de liquidación, de conformidad con la sentencia de unificación relacionada, se entiende que este comprende i) el período correspondiente al último año de servicio, anterior a la consolidación del estatus pensional; y ii) los factores que hayan servido de base para calcular los aportes previstos en la Ley 62 de 1985 que, se repite, son asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.

Cuando se revisa el año de estatus del demandante, el mismo estaría comprendido entre el 5 de noviembre de 2010 y el 5 de noviembre de 2011, período en el cual percibió, según

certificado de factores salariales, además de la asignación básica mensual, subsidio de alimentación, prima de navidad, horas extras y prima de vacaciones.

Se debe aclarar que el subsidio de alimentación, la prima de navidad y de vacaciones no hacen parte de la base de liquidación de la pensión, en tanto no están enlistadas en la Ley 62 de 1985 y no se probó haber efectuado aportes sobre ellas.

Lo expuesto permite inferir que, si bien la tasa de reemplazo que se debe aplicar es del 75%, no es procedente liquidar la pensión del demandante con la totalidad de factores salariales percibidos en el año de estatus, sino solamente incluir en el IBL la asignación mensual y las horas extras devengadas entre el 5 de noviembre de 2010 y el 5 de noviembre de 2011.

Finalmente, sobre el tema de los aportes pensionales, debe advertirse que se debe dar primacía al principio de sostenibilidad financiera del sistema, y como en este caso el demandante laboró para el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y para el municipio de La Dorada es claro que durante ese tiempo debieron realizarse las cotizaciones a pensión.

Como en este proceso no está vinculado ni el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, ni Cajanal (hoy Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social) ni el municipio de La Dorada, ni el departamento de Caldas, no es posible emitir orden alguna en su contra en relación con los aportes pensionales. Pese a ello, como el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es la entidad encargada de reconocer la prestación periódica, por tratarse de un docente afiliado al mismo, se le ordenará ejecutar las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que, si es del caso, adelante el cobro de los aportes a pensión que hagan falta por el tiempo laborado por la el actor en las otras entidades en la proporción que corresponde a estas y al demandante; o lleve a cabo las gestiones para obtener las cuotas partes pensionales de la entidad de previsión a la que se hayan realizado, si es que así ocurrió.

Tercer problema jurídico

¿El actor goza de los beneficios consagrados en la ley para el régimen pensional de los docentes, frente a la compatibilidad con otras pensiones, que le permite seguir laborando como docente?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que por la labor que desempeñan los docentes, y de conformidad con la ley, pueden percibir el salario y la pensión ordinaria de jubilación, sin que deba exigirse el retiro del servicio.

La Constitución Política de 1991 prescribe en su artículo 128 que *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”*.

Y es justamente la Ley 4 de 1992 la que en su artículo 19, literal g) dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 19. *Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:*

(...)

g) Las que a la fecha de entrar en vigencia la presente Ley benefician a los servidores oficiales docentes pensionados.

La anterior norma se complementa con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 334 de 1996 y artículo 70 del Decreto 2277 de 1979.

En este orden, por tratarse en este caso de un docente cobijado por la excepción prevista en el precepto normativo ya citado, el reconocimiento de la pensión de jubilación no conlleva la exigencia del retiro definitivo del servicio, por lo que así se dispondrá en la parte resolutive de este fallo.

Cuarto problema jurídico

¿Se presentó prescripción de las mesadas pensionales?

Tesis: la Sala defenderá la tesis de que se configuró la prescripción, ya que transcurrieron más de 3 años entre la adquisición del derecho y la reclamación administrativa.

En tratándose del fenómeno jurídico de la prescripción conviene acudir al Decreto 1848 de 1969, norma que establece en su artículo 102:

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Según el material probatorio, el demandante adquirió el derecho el 5 de noviembre de

2011; la petición de reconocimiento pensional se radicó el 17 de agosto de 2021; y la demanda se presentó el 21 de enero de 2021. Lo anterior, demuestra que transcurrieron más de 3 años entre el nacimiento del derecho y la reclamación administrativa, por lo que en este caso se configura la prescripción de las mesadas percibidas con anterioridad al 17 de agosto de 2018.

Por ello, se declarará probada la excepción de prescripción.

Conclusiones

En el presente caso es procedente declarar la nulidad del acto administrativo Resolución 4659-6 del 16 de septiembre de 2021, para ordenar a la demandada que reconozca una pensión de jubilación al demandante conforme la Ley 33 de 1985, en tanto tiene una vinculación como docente anterior a la expedición de la Ley 812 de 2003, la cual debe ser reconocida desde el 6 de noviembre de 2011, calculada con un porcentaje del 75% aplicado a un IBL conformado por los factores salariales percibidos en el año de estatus, comprendido entre el 5 de noviembre de 2010 al 5 de noviembre de 2011, como son la asignación básica mensual y horas extras, con efectos fiscales a partir del 17 de agosto de 2018 por haberse configurado la prescripción.

La suma que deberá cancelar la entidad accionada se actualizará de acuerdo con la fórmula según la cual el valor presente (R) se determinará multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación). La fórmula que debe aplicar la entidad demandada es la siguiente:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Se aclara que, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Costas

Al tenor del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por la Ley 2080 de 2021, en

el presente asunto no se condenará en costas, ya que se accederá parcialmente a pretensiones.

Por lo discurrido, **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: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN denominada “**LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS EN NULIDAD**”, planteada por la demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN de “**PRESCRIPCIÓN DE MESADAS**” formulada por la accionada, según lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

TERCERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución 4659-6 del 16 de septiembre de 2021; y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la Nación- Ministerio de Educación- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio que reconozca a partir del 6 de noviembre de 2011 una pensión de jubilación al señor Pedro José Rusinque Suárez bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, la cual se calculará con el 75% de un IBL conformado por los factores salariales percibidos en el año de estatus, comprendido entre el 5 de noviembre de 2010 al 5 de noviembre de 2011, como son asignación mensual y horas extras, pero con efectos fiscales a partir del 17 de agosto de 2018 por configurarse la prescripción, sin que para devengar la pensión sea necesario su retiro del servicio docente.

Las sumas de dinero reconocidas en la sentencia a favor del demandante, deberán ser ajustadas en su valor, aplicando la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, **PREVINIÉNDOSE** a la parte actora de la carga prevista en el inciso 2º del precepto citado.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia por lo brevemente expuesto.


SÉPTIMO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 07 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 052 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de septiembre de 2023.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2022-00108-00
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTE	ALBA LUCÍA IDÁRRAGA ÁLVAREZ
DEMANDADO	MUNICIPIO DE MANIZALES, AGUAS DE MANIZALES S.A. E.S.P Y CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS.
VINCULADA	CAROLINA VARGAS VILLAMIL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de protección a los derechos colectivos de la referencia.

PRETENSIONES

PRIMERA: AMPARAR la protección a los derechos e intereses colectivos solicitados, vulnerados actualmente por la acción y omisión de las entidades y particulares accionados.

SEGUNDO: ADOPTAR todas las medidas técnicas, presupuestales, administrativas con el fin de dar solución efectiva a la problemática y hacer cesar la vulneración a los derechos e intereses colectivos.

CUARTO (SIC): ORDENAR a quien corresponda realizar las obras tendientes a mitigar el riego, tales como las sugeridas por la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DE CALDAS:

- Instalar canales y bajantes de aguas lluvias en todas las viviendas del sector y entregar en forma adecuada al sistema de alcantarillado o al cause más cercano.
- Se debe construir una zanja colectora perimetral de corona, sobre el predio vecino y realizar entrega adecuada a sistema de alcantarillado o a drenaje natural más cercano.
- Realizar la revisión del sistema de alcantarillado del predio vecino, con el fin de descartar cualquier fuga que genere infiltraciones de aguas al terreno.
- Revegetalización de los escarpes de pequeños deslizamientos que brinden buen agarre al terreno.

- Reconstruir el cerco y dejarse varias salidas de aguas lluvia, para evitar el colapso nuevamente del mismo.
- Reforzar el suelo del talud mediante un apuntillamiento a base de anclajes de tipo pasivo de 6m de profundidad, separados centro a centro 1.5m.
- Cambiar los trinchos de guadua por pddies, o renovar los postes verticales con especies vivas, que den mayor soporte a los existentes.
- Realizar un monitoreo periódico para verificar cualquier desprendimiento, agrietamiento, hundimiento, humedades, dando aviso oportuno a los organismos de socorro y la UNIDAD DE GESTION DE RIESGO DEL MUNICIPIO DE MANIZALES.

Así como las demás actuaciones que resulten necesarias para el manejo de aguas de escorrentía y de infiltración, y el general para lograr una efectiva mitigación de riesgo en el sector.

TERCERO: ORDENAR a quien corresponda de ser el caso realizar nuevos estudios que determinen la necesidad de nuevas obras, a fin de mitigar el riesgo en la zona del sector la travesía del corregimiento del bajo tablazo

CUARTO: ORDENAR A quien corresponda, realizar las reparaciones de las tuberías de acueducto y alcantarillado de la vivienda, principalmente la que continúa expuesta; con el fin de que la misma no presente filtraciones ni malos manejos

HECHOS

Relata la parte actora como sustento fáctico de sus pretensiones:

- El 18 de enero y 17 de marzo de 2017, en el sector La travesía en la vereda Bajo Tablazo, se presentó un deslizamiento, que generó no solo daños estructurales a una vivienda, sino también a la estructura de malla vial de la zona.
- Se han presentado solicitudes a Secretaria de Planeación, Secretaria de Obras Públicas, Unidad de Gestión Del Riesgo, Aguas de Manizales, Corporación Autónoma Regional de Caldas, esto a fin de que se realizaran las obras pertinentes en la zona para mitigar el riesgo y realizar las reparaciones pertinentes.
- Producto de las solicitudes la unidad de gestión del riesgo respondió que aguas de Manizales ya había realizado las reparaciones pertinentes.
- Se han elevado múltiples peticiones a las entidades, de igual manera entre las entidades han requerido a fin de que se mitigue el riesgo y se estudien las obras pertinentes en la zona.
- La Corporación Autónoma Regional de Caldas, ha emitido unas recomendaciones:

□ Instalar canales y bajantes de aguas lluvias en todas las viviendas del sector y entregar en forma adecuada al sistema de alcantarillado o al cause más cercano.

□ Se debe construir una zanja colectora perimetral de corona, sobre el predio vecino y realizar entrega adecuada a sistema de alcantarillado o a drenaje natural más cercano.

□ Realizar la revisión del sistema de alcantarillado del predio vecino, con el fin de descartar cualquier fuga que genere infiltraciones de aguas al terreno.

□ Revegetalización de los escarpes de pequeños deslizamientos que brinden buen agarre al terreno.

□ Reconstruir el cerco y dejarse varias salidas de aguas lluvia, para evitar el colapso nuevamente del mismo.

□ Reforzar el suelo del talud mediante un apuntillamiento a base de anclajes de tipo pasivo de 6m de profundidad, separados centro a centro 1.5m.

□ Cambiar los trinchos de guadua por pddies, o renovar los postes verticales con especies vivas, que den mayor soporte a los existentes.

□ Realizar un monitoreo periódico para verificar cualquier desprendimiento, agrietamiento, hundimiento, humedades, dando aviso oportuno a los organismos de socorro y la UNIDAD DE GESTION DE RIESGO DEL MUNICIPIO DE MANIZALES.

Lo anterior sin que a la fecha se hayan realizado algún tipo de las obras recomendadas.

- El día 30 de mayo de 2018 la secretaria de Obras Públicas informa, que destino personal técnico para la inspeccionar el talud en la zona, evidenciando que:

"el talud superior de la vía y frontal a la vivienda numerada como 191 presenta una pendiente fuerte, al punto de tener pendientes negativas, producto de los desprendimientos que se han generado. Este talud tiene una altura de aproximados cuatro metros y una longitud, en el sector que presenta problemas de aproximadamente 15 metros. El terreno en general, se caracteriza por exhibir cobertura vegetal de bajo porte, una capa de suelo organizado y una capa de suelo arcilloso color naranja (cenizas). Hacia la base se encuentra un trincho de guadua el cual ha fallado debido a las presiones laterales producto de los desprendimiento que se han producido últimamente. La parte superior del talud, aquella que presenta la pendiente negativa se encuentra sostenida por raíces de guadilla sembrada como cierre perimetral del predio. en la parte media del talud sobresale una tubería que aparentemente transporta aguas negras, la cual presenta fugas. Ahora bien. Una vez visto el sistema de información geográfico; el predio que presenta los desprendimientos superficiales que afectan al sector se identifica con la ficha catastral número 20000003026500000000 y es de carácter privado, razón por lo que, en primera instancia el mantenimiento y adecuación de este talud deber ser una actividad adelantad por el propietario del predio".

- Que el 19 de marzo y 25 de agosto del 2021 se presentaron nuevos deslizamientos, en los predios mencionados afectando la vía y la parte frontal de la vivienda; exponiendo igualmente una tubería de alcantarillado de la vivienda que filtra de manera constante sin ninguna canalización
- Entre los meses de febrero y marzo del año 2022, se remitió a las entidades competentes (Aguas de Manizales S.A E.S.P, CORPOCALDAS y el municipio de Manizales) requisito de procedibilidad; así como se remitió a los particulares implicados (secuestre y quienes habitan la finca). Es menester aclarar que los habitantes de la finca no recibieron la petición.
- En la actualidad no se han adelantado ningún tipo de trabajo en la zona, por lo que el peligro de un deslizamiento en la zona, no solo afecte su vivienda, sino también de los demás habitantes del sector sigue latente. De igual manera no se ha reparado la tubería dañada

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Municipio de Manizales: sobre los hechos relata que unos no le constan, otros deben ser probados.

Como razones de defensa esgrimió que los daños se están ocasionando de un predio con Ficha Catastral 2000000130265000000000, a la casa 191 del sector La travesía vereda Bajo Tablazo, con lo cual es claro que se está frente a una controversia privada entre vecinos. No hay un bien o derecho colectivo que esté amenazado, son intereses individuales. Por tanto, no es procedente la presente acción popular.

Corpocaldas: en primer momento se pronunció sobre los hechos; y seguidamente frente a las pretensiones sostuvo que se oponía a su prosperidad ya que la entidad no había incurrido en violación de los derechos colectivos alegados.

Como razones de defensa expuso que, los procesos de inestabilidad ocurridos en el talud que se ubica al frente de la vivienda de la accionante, corresponden a desprendimientos superficiales de capa vegetal y suelo (cenizas volcánicas), siendo movimientos en masa de pequeña magnitud.

indicó que, la vivienda de la accionante se localiza a escasos 3.3 m de la base del talud; teniendo en cuenta la ausencia de obras de manejo de aguas lluvias en el talud superior, la

altura y pendiente del mismo, el tipo de material presente en el sitio (cenizas volcánicas altamente dependientes de la condición de saturación del suelo), el tipo de estructura de la vivienda (mampostería confinada con vigas y columnas de amarre); se considera que el nivel de riesgo por deslizamiento para esa vivienda en particular es alto.

Para el caso de la vivienda del predio localizado en la parte superior, teniendo en cuenta que la misma se encuentra retirada de la corona, a una distancia superior a los 20 m, se considera que el riesgo por deslizamiento para esta vivienda, es bajo.

De otro lado y de acuerdo con los análisis efectuados por la Corporación, resultado de las vivistas técnicas realizadas al sector, la problemática tiene que ver con hechos puntuales, localizados frente al talud de la casa 191, y no corresponden a una condición de inestabilidad generalizada de la zona.

Teniendo en cuenta los antecedentes de desprendimientos de material del talud y que los factores naturales y antrópicos contribuyentes y detonantes de los mismos, a la fecha, persisten, en caso de presentarse un evento pluviométrico de alta intensidad y duración, se puede presentar un evento de mayor magnitud que potencialmente puede comprometer la seguridad o estabilidad de la vivienda de la actora popular; frente a esta posibilidad, lo más indicado es ordenar la evacuación preventiva de la vivienda, hasta tanto se implementen las recomendaciones dadas por Corpocaldas. En el talud, en la actualidad, se observa la presencia de un tubo de alcantarillado en cemento, con presencia de un remiendo en el tercio inferior del tramo de tubo expuesto, por medio de un recubrimiento en mortero, el cual, y según información de la Señora María Adielá Álvarez (madre de la accionante), fue realizada por ella misma, con el fin de corregir las exfiltraciones de agua de esta red. Durante las visitas llevadas a cabo por Corpocaldas, no se ha observado afloramientos constantes de agua residual; la tubería que se encuentra expuesta es de cemento; técnicamente este tipo de conducciones debe estar enterrada y los materiales preferiblemente, deben ser en PVC, puesto que aguantan mayores deformaciones del terreno. El nivel de exposición actual, la hace más vulnerable

Propuso las siguientes excepciones:

Improcedencia de la acción popular para tratar asuntos particulares e individuales: tal como se adelantó en líneas anteriores, la problemática puesta de presente en esta acción es puntual y específica de la vivienda de la actora popular que se ubica a escasos 3.3 mt frente a la base del talud que ha presentado los desprendimientos, lo cual se ve agravado por la

ausencia de obras de manejo de aguas lluvias, la altura y pendiente del mismo y posibles fugas del tubo en concreto que se encuentra expuesto.

La vivienda de la actora popular es la única que se encuentra en este punto y la situación de afectación es particular, no existiendo una situación de riesgo que afecte a la comunidad del sector. La acción emprendida por la actora no debe prosperar, puesto que los derechos aquí discutidos lejos están de ser colectivos, ya que los mismos se constituyen en derechos particulares de los habitantes de la vivienda que se ubica frente a la ladera problemática.

La presente acción no encaja dentro del objetivo de la Acción Popular, cual es la de proteger los derechos e intereses colectivos de todas aquellas actividades que ocasionen perjuicios a amplios sectores de la comunidad. La Ley 472 de 1998 por medio de la cual se desarrolla el Artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones, establece en su artículo primero que esta ley está orientada entre otra cosa a garantizar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, los cuales a su vez están contemplados en el Artículo 4 de la misma ley.

Por su parte el Artículo 9 de la misma ley establece que, esta acción procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Quiere decir lo anterior, que *a contrario sensu*, la acción es improcedente cuando se discuten derechos individuales y particulares como en el presente caso, razón que lleva a concluir que, no se puede abusar de este medio de defensa constitucional y limitar su uso para el caso de peligro o vulneración de derechos colectivos.

Falta de legitimización en causa por pasiva de CORPOCALDAS para la protección que se invoca: como quedó claramente establecido, la Corporación Autónoma Regional de Caldas carece de competencia para realizar reubicación de viviendas o para emprender intervenciones mediante medidas de mitigación que sean necesarias o requeridas, pues la construcción de este tipo de obras siempre son priorizadas y evaluadas de acuerdo a su grado de criticidad, a través de la Administración Municipal, lo cual para el presente caso no ha sucedido.

Aguas de Manizales: al contestar la demanda manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demandante.

Como razones de defensa propuso las excepciones que denominó:

Inexistencia del nexo causal: en relación con los hechos indicó que, no existe responsabilidad alguna por parte de la empresa y, por lo tanto, carece de todo fundamento o argumento técnico responsabilizar a la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., que valga recordar que, todo tipo de responsabilidad de acuerdo con el Código Civil Colombiano (art.2341), tiene tres premisas: 1) Culpa. 2) Daño. 3) Relación de causalidad entre aquella y éste; es necesario que resulte comprometida la responsabilidad de una persona, que haya cometido una culpa con perjuicios para un tercero.

En el caso que nos ocupa, existe un problema que alude la parte actora referente a aguas lluvias y al estado de la red interna de alcantarillado de su vecino como se evidencia en el informe técnico, el cual además afirma que las redes locales operadas por Aguas de Manizales S.A. E.S.P. están en buen estado de funcionamiento.

falta de legitimación en la causa: la legitimación en la causa corresponde a uno de los presupuestos necesarios para obtener sentencia favorable a las pretensiones contenidas en la demanda y, por lo tanto, desde la perspectiva pasiva de la relación jurídico – procesal, supone ser el sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia.

La legitimación por pasiva de la acción de tutela se rompe cuando el demandado no es el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que provoca el daño Aguas de Manizales S.A. E.S.P. es una empresa de servicios públicos mixta cuyo objeto es la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado.

Ahora bien, respecto a la situación de riesgo que indica la parte demandante, informó que el objeto social de Aguas de Manizales S.A. E.S.P., no consiste en el manejo de aguas superficiales y subsuperficiales, tal como consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal, que obra en el expediente. Tampoco lo es el manejo de laderas para prevención y atención de emergencias y desastres. Esta competencia es de las autoridades ambientales en coordinación con los entes territoriales, tal como lo consagra el artículo 31 de la Ley 99 de 1.993.

Inexistencia de violación a los derechos colectivos por parte de Aguas de Manizales S.A. E.S.P.: indicó que no existe responsabilidad por parte de Aguas de Manizales S.A. E.S.P. en los hechos narrados en la demanda, teniendo en cuenta que, la red interna del predio “el grito” no es responsabilidad de Aguas de Manizales S.A. E.S.P., resaltando además que las

redes de operadas por la Empresa se encuentran en buen estado de funcionamiento y la problemática referente a las aguas lluvias no es competencia de la Empresa.

Vinculada CAROLINA VARGAS VILLAMIL: guardó silencio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

DEMANDANTE: indicó que, en el oficio allegado por Aguas de Manizales, no se indicó si la tubería ubicada en el predio causante del perjuicio cuenta con condiciones técnicas que permitan determinar que no se presentarán a futuro filtraciones o daño alguno en la misma pues, se limita a la verificación en el momento de la visita; en tanto el concepto allegado como prueba por parte de la Unidad de gestión del Riesgo se manifestó que no se tiene competencia para la actuación de predios privados, se hace necesario continuar con el proceso teniendo en cuenta integralmente el acervo probatorio allegado el cual permite determinar la imperiosa necesidad de realizar obras técnicas y a largo plazo para mitigar el riesgo que representa la ladera.

De esta forma indicó que, no se encuentra prueba en contrario, ni se desvirtúa por parte de las demandadas sobre la necesidad de la realización de obras de mitigación integral del riesgo que incluyan un correcto manejo de aguas con el fin de salvaguardar los derechos e intereses colectivos que se ven vulnerados por la inacción de las entidades accionadas, puesto que tal y como lo expresa aguas de Manizales, no fue posible realizar verificación a fondo ni reparación de las redes internas de alcantarillado del predio que causa la vulneración, por lo cual no existe una certeza técnica de que este riesgo haya cesado y más bien, se tiene un grado de convencimiento suficiente como para tomar medidas que permitan mitigar el mentado riesgo.

Que en el caso bajo estudio se encontró plenamente probado que, no se trata de un perjuicio que únicamente dañe al predio vecino y si bien podría ventilarse a través de la justicia civil y/o los procesos policivos por ser el causante del perjuicio un particular, la inestabilidad y falta de tratamiento del talud y de las aguas que de él se desprenden, así como de las aguas subterráneas afectan a un sector significativo de la comunidad, puesto que los deslizamientos que se desprenden del predio causante del perjuicio han afectado no solo las viviendas de la zona, sino el paso de vehículos por el sector.

Aguas de Manizales: conforme a lo probado en el predio causante de la problemática descrita por la parte actora existe un inadecuado manejo de aguas lluvias, por lo que es

claro que no le asiste responsabilidad a la entidad, y, que de otro lado, dichas obras son responsabilidad del dueño del predio.

Respecto de las redes externas del predio se pudo verificar que, las mismas están en buenas condiciones y no presentan filtraciones a la ladera, siendo responsabilidad del propietario del dueño las redes internas del predio. Es por ello que solicita se nieguen las pretensiones de la accionante.

Municipio de Manizales: en sus alegatos indicó que, en la evaluación del riesgo se acogen los criterios previstos en la Ley 1523 de 2012 por la cual adopta la política nacional de gestión del riesgo de desastres, pues el riesgo no es un indicador que se contrarresta solamente con la intervención de la municipalidad, se trata de entender que la gestión del riesgo es un Sistema en el cual los actores son plurales.

La responsabilidad de la conservación y mantenimiento de la propiedad como derecho real les pertenece a sus dueños, en este caso, ha quedado demostrado que, en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble que origina la amenaza, se encuentra inscrita la Señora Carolina Vargas Villamil como propietaria del mismo, lógicamente el municipio no puede con su propio peculio hacer intervenciones en un predio de carácter particular. Tener presente que no son de gran envergadura sino unas canalizaciones, pues el inmueble está prácticamente en abandono.

En virtud de lo anterior solicita que no se obligue al Municipio a hacer gastos con cargo al presupuesto público, cuando no le corresponden.

CORPOCALDAS: indicó que de acuerdo a los testimonios rendidos por parte de los ingenieros de Aguas de Manizales y de la Corporación, quedó probado que, se ha reparado la tubería expuesta ubicada en la ladera de la parte baja del predio que se alega está generando el perjuicio, y que la misma no está siendo depositada directamente sobre la vía, ni sobre la vivienda de la accionantes y no está generando un escenario de riesgo.

En cuanto a la labor de Corpocaldas, indicó que, quedó probado dentro del proceso que, la misma ha hecho varias visitas a la zona y ha dado las recomendaciones pertinentes para mejorar la situación del predio afectado. Los oficios en mención y que se aportaron con la contestación de la demanda fueron los siguientes: Oficio 2018-IE0014969 del 22 de junio de 2018, Oficio 2019-IE-00016660 del 28 de junio de 2019, Oficio 2021-IE-00008868 del 08 de abril de 2021 y - Oficio 2022-IE-00004917 del 28 de febrero de 2022. Las

recomendaciones en general guardan relación con el manejo de aguas, construcción de zanjas colectoras, al mejoramiento de las condiciones de estabilidad del talud, implementación de drenes sub horizontales, instalación de canales, revegetalización y demás, las cuales, a la fecha continúan, y son las recomendaciones pertinentes para mejorar la situación de la vivienda de la accionante, sin embargo, estas recomendaciones se refieren sólo al talud ubicado al frente de la casa 191, el cual forma parte de un predio privado ubicado frente a la citada casa, así como lo refirió la testigo ingeniera Luisa Fernanda González en su testimonio.

Insistió en los argumentos y excepciones presentadas en la contestación de la demanda, solicito que se declare probadas las excepciones de *"improcedencia de la acción popular para tratar asuntos de los particulares y falta de legitimación en causa por pasiva"*

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

A través de concepto 37-2023, el señor Procurador Judicial solicitó negar las pretensiones de la demanda, toda vez que, en el caso bajo estudio del análisis integral de los medios probatorios recaudados en el expediente, en especial, la prueba documental, los testimonios y los informes técnicos suministrados por CORPOCALDAS y el Municipio de Manizales, se puede concluir que en el caso que se estudia no se acreditó la vulneración a los derechos colectivos.

En tal sentido, el artículo 14 de la Ley 1523 de 2012 establece que los alcaldes, como conductores del desarrollo local, son los responsables directos 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. Para cumplir esa finalidad, 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.

En armonía con lo anterior, el artículo 3 de la misma ley, al referirse a los principios generales que orientan la gestión del riesgo, define la mitigación del riesgo como las medidas de intervención prescriptiva o correctiva dirigidas a reducir o disminuir los daños y pérdidas que se puedan presentar a través de reglamentos de seguridad y proyectos de inversión pública o privada cuyo objetivo es reducir las condiciones de amenaza, cuando sea posible, y la vulnerabilidad existente.

A su vez, establece que la prevención de riesgo consiste en las medidas y acciones de intervención restrictiva o prospectiva dispuestas con anticipación con el fin de evitar que se genere riesgo.

Así mismo, la Ley 1523 de 2012 preceptúa que los particulares tienen corresponsabilidad en la gestión del riesgo; es por ello que, a los propietarios les corresponde realizar todas las actuaciones desde su ámbito individual con el fin de mitigar el riesgo al que están expuestos y, en consecuencia, están obligados a acometer las obras necesarias para cumplir esa obligación.

Es claro que, las entidades territoriales no están legalmente facultadas para invertir recursos públicos en predios de propiedad privada, inversiones que beneficiarían el patrimonio de los particulares propietarios de los bienes en donde se inviertan dichos recursos, por lo que no podrían ser consideradas obras públicas de propiedad de las entidades territoriales y del disfrute colectivo de todos los habitantes del territorio de la jurisdicción en donde se realicen, sino una inversión en infraestructura privada, en contravía del ordenamiento constitucional y legal.

Con base en las razones expuestas, concluyó que, no existe afectación de derechos colectivos y que los hechos relativos a la problemática planteada por la actora popular, son del resorte exclusivo del propietario del predio ubicado frente a la vivienda de la accionante, debate que no corresponde a la naturaleza de este medio de control constitucional.

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 la *litis*.

Problemas Jurídicos

1. ¿Estamos presentes frente a una vulneración de derechos colectivos, que requieran intervención de las autoridades demandadas?

Lo probado en el proceso

➤ Se allegó informe técnico realizado en el sector la travesía vereda bajo tablazo el 14 de junio de 2022 por parte de Aguas de Manizales en el cual se consignó:

En la visita del 14 de junio se pudo observar en la margen derecha, talud con un desprendimiento de suelo, adicionalmente se observa una acometida de alcantarillado en material concreto de 6" y un tramo reparado en 6" PVC corrugada en buen funcionamiento y sin fugas tal como se expresa en las respuestas de las peticiones con radicados N°2893695 del 1 de marzo de 2022, radicado N°2897265 del 18 de marzo de 2022 radicado N°2898132 del 22 de marzo de 2022



TALUD AFECTADO EN EL SECTOR LA TRAVESÍA

Es de resaltar que en el año 2017 se presentó un deslizamiento en un talud del sector La Travesía frente al predio de la señora Alba Lucia Idárraga Alvarez, este deslizamiento afecto la acometida de alcantarillado de la casa 151 predio El Grito con suscriptor N°63484, por lo que se generó la Orden de Trabajo N°9520 para realizar intervención puntual y oportuna con el fin de mitigar el riesgo para la comunidad en atención al evento presentado.

Estimado Usuario: Mediante el presente documento usted autoriza revisar y/o reparar las acometidas y/o la caja del medidor o revisar las redes domiciliarias del inmueble que son de su propiedad, para identificar daños o reparar los mismos y acepta los trabajos realizados.

Datos Generales:

No QT: 9520 No Suscriptor: 63484 Dirección: B. Tablazo - Sector La Travesía
 Fecha de Inicio: 24 de Mayo Hora de Inicio: 14:30 Fecha fin: 24 de Mayo Hora Fin: 11:00

Tipo de Trabajo Realizado:

Servicio: Acueducto Alcantarillado

Tubo roto Cambio empate Cambio/ Instalación Medidor
 Motivo: Cambio llave Visita Técnica Cambio/ Caja Medidor
 Otro Cual?

Observaciones:

Personal Empresa Se realizó Cambio de Empate el cual se hizo a red y a domiciliaria y se construyo trinchero y camara tipo 1.	Usuario o Quien atiende la Visita Usuario no quiso firmar ni recibir la visita
--	---

ORDEN DE TRABAJO N°9520

Sin embargo, el día 17 de junio de 2022 se presentó un desprendimiento de suelo en el talud afectado frente al predio de la señora Alba Lucia Idárraga Alvarez, generando daños sobre la acometida de alcantarillado de la casa 151 predio denominado El Grito con suscriptor N°63484. Es de resaltar que dicho desprendimiento de tierra no está relacionado con la infraestructura que administra la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P., ya que en dicha ladera la empresa no cuenta con redes de acueducto ni alcantarillado.



De inmediato se trasladó personal técnico de la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P. al sitio donde se presentó la afectación, con el fin de verificar la situación que se presentó y así entablar comunicación con la señora Teresa residente del predio El Grito casa 151, a quien se llamó en repetidas ocasiones al celular 312 779 93 72 y se le dejaron mensajes por WhatsApp para que realizara la respectiva reparación sobre la acometida de alcantarillado o que se autorizara la intervención del personal técnico de esta entidad por parte del suscriptor N°63484. Sin embargo, no fue posible dicha comunicación y respuesta a los mensajes, por lo tanto, esta entidad tomo la decisión de encausar el agua que salía por la acometida de alcantarillado del predio El Grito casa 151 para evitar vertimientos de aguas residuales al terreno y así evitar una afectación mayor en el talud.



ENCAUCE TEMPORAL DEL VERTIMIENTO

Es de anotar que para esta Acción Popular se intentó en varias ocasiones el ingreso del personal técnico al predio denominado El Grito casa 151 para verificar las redes internas de alcantarillado y no fue posible que las personas que allí residen permitieran la revisión por parte de esta entidad. De igual manera se informa que según el decreto 1077 de 2015 el mantenimiento de las instalaciones domiciliarias es responsabilidad de los usuarios que hacen uso de estas.

ARTICULO 2.3.1.3.2.4.1.8. Mantenimiento de las instalaciones domiciliarias. *El mantenimiento de las redes internas de acueducto y alcantarillado no es responsabilidad de la entidad prestadora de los servicios públicos, pero ésta podrá revisar tales instalaciones y exigir las adecuaciones y reparaciones que estime necesarias para la correcta utilización del servicio. Cada usuario del servicio deberá mantener en buen estado la instalación domiciliaria del inmueble que ocupe y, en consecuencia, la entidad prestadora de los servicios públicos no asumirá responsabilidad alguna derivada de modificaciones realizadas en ella. De todas formas, los usuarios deben preservar la presión mínima definida en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico.*

Por último, se aclara que por el talud afectado no se encuentran redes de acueducto ni alcantarillado administradas por esta entidad, por

otra parte, la red local de acueducto se encuentra en buen estado y está ubicada por la vía peatonal, sin generar riesgo para la zona afectada.

- La Unidad de Riesgo del municipio de Manizales informa respecto del deslizamiento presentado en el sector objeto de la presente controversia:

Se le hace saber al Despacho que la Unidad de Gestión del Riesgo en función de sus competencias contempladas en el Acuerdo 0401 del 15 de diciembre de 1998 "Por medio del cual se crea la Oficina Municipal para la Prevención y Atención de Desastre y se derogan unas disposiciones" modificado por el Acuerdo 0793 del 01 de Noviembre de 2012 "Por medio del cual se modifica la estructura orgánica de la

administración central y se dictan otras disposiciones", a través del Cuerpo Oficial de Bomberos a la fecha no ha ordenado evacuación preventiva de la vivienda 191 del Sector Travesías en el Bajo Tablazo, toda vez que, de acuerdo al acta de revisión a predio No. 866 del 18 de enero de 2017 y la No. 01216 del 17 de marzo de 2017, las cuales se anexan, no se consideró pertinente según el criterio del Cuerpo Oficial de Bomberos.

- Reposa informe del 08 de junio de 2023 de visita al sitio objeto de la presente controversia por parte de Aguas de Manizales se consignó:

En la visita se pudo verificar el buen estado y correcto funcionamiento de la acometida de alcantarillado del predio el grito, adicionalmente se verifico la cámara de inspección y se observa sin filtraciones que aporten aguas residuales al terreno.





Adicionalmente se indagó en el predio de la señora Alba Lucía Idárraga quienes manifiestan que la acometida del predio el grito a la fecha no presenta filtraciones ni reboses de aguas residuales.

En conclusión, la acometida de alcantarillado del predio el grito no presenta filtraciones ni reboses de aguas residuales que aporten aguas al terreno, adicionalmente no se observa escorrentía de aguas residuales en el talud por donde baja la tubería.

1. La cámara domiciliar y acometida de alcantarillado del predio el grito se observa en buen funcionamiento hidráulico. No fue posible verificar las redes internas una vez que no fue posible ingresar al predio.

2. A la fecha la empresa Aguas de Manizales S.A E.S.P.-BIC no tiene proyectada ninguna ejecución sobre la acometida de alcantarillado del predio el grito.

➤ En audiencia de pruebas se recepcionó el testimonio de la ingeniera Luisa Fernanda González, quien respecto de la problemática que afecta la vivienda de la actora popular indicó:

“La corporación concurrió, hemos ido aproximadamente cuatro veces al sitio, hemos emitido las recomendaciones que nos corresponden, también es importante tener en cuenta que en ese talud en su parte superior hay un predio, realmente no hemos podido establecer con mucha claridad quién es el propietario, de hecho en las veces que hemos asistido al sitio solo hemos podido entrar una vez, es un predio que según entendemos, pues tiene un cuidador, pero el propietario no tenemos muy claro quién es y por tanto pues las recomendaciones, digamos que no sé hasta qué punto el propietario del predio o su propio cuidador pues las tengan claras y hayan determinado en algún momento tenerlas en cuenta ciertamente” al preguntarle respecto de las recomendaciones realizadas contestó: Pues básicamente están encaminadas al manejo de aguas de ese predio superior y del manejo de aguas tanto en la corona del talud que está frente a la casa de la solicitante, a una zona verde amplia que hay allí, las aguas de la vivienda, los techos y la misma zona verde pues se recargan mucho hacia esta zona, incluso allí hay pues como un sumidero, hay unas cajas donde hay una tubería que se alcanza a ver, pues en el talud, digamos que toda esa situación de toda ese manejo de aguas de ese predio incide directamente sobre el talud y la situación pues que se presenta, incluso pues parte del cerramiento del mismo predio en la medida en que el talud ha ido fallando o que ha ido pues también como desplomando, y cayendo sobre el talud; nuestras recomendaciones vienen encaminadas a eso, al manejo de esas aguas lluvias en la parte alta y al apuntillamiento del talud y su recubrimiento con vegetación, pues unos trinchos y una vegetación para recuperar pues como su estabilidad, digamos que hasta allí hemos nosotros recomendado en lo que tenemos conocimiento la verdad la última visita que se hizo desde la corporación fue en el año 2022, pero no tenemos conocimiento que haya habido alguna intervención en el sector””

➤ Se recepcionó en audiencia el testimonio del ingeniero Luis Felipe Granado quien informó respecto del asunto bajo estudio que:

“Señor magistrado el año pasado se tuvo un problema en una ladera en el sector de la travesía en la vereda del bajo tablazo el cual estaba siendo afectado por una domiciliaria que se encontraba en regular estado, esa domiciliaria estaba aportando aguas al terreno lo cual generaba un potencial riesgo deslizamiento para el año pasado se realizaron varias visitas técnicas en la cual se buscó contactar al accionante con el fin de que arreglaran la red de alcantarillado, ya que esa red es una red interna es propiedad del usuario, el usuario es quien debe realizar su mantenimiento, la empresa de aguas de Manizales también realizó algunas intervenciones puntuales con el fin de mitigar el riesgo que se presentaba en el sector y poder contribuir a la problemática, para este año a mediados del mes de junio se realiza nuevamente visita técnica por parte de personal de la empresa aguas de Manizales en la cual se pudo verificar que la

domiciliaria de alcantarillado ya fue optimizada; qué quiere decir eso, quiere decir que la infraestructura de las aguas servidas que sale del predio de la casa 151 que se denomina el grito en el sector de la travesía del bajo tablazo ya tiene su domiciliario en buen estado y correcto funcionamiento hidráulico, no se evidenciaron aportes de agua al terreno, se verificó también la caja domiciliaria y la caja a la cual hace entrega esas aguas servidas y las dos se encuentran en buen estado y correcta operación; con esto lo que les quiero decir es que la domiciliaria ya se encuentra en buen estado, no tenemos ningún problema de afectación al terreno por cuanto a las aguas servidas ya están siendo conducidas por medio de tubería y por medio de esas cajas de inspección y no se evidencia aportes de agua al terreno para nosotros la solución ya fue subsanada y fue subsanada por directamente por el accionante”

Conforme a las pruebas arrojadas al proceso se encuentra probado que, la problemática que es materia de debate en el presente asunto, se centra en las condiciones de inestabilidad evidenciadas en el talud que se ubica al frente de la vivienda de la accionante señora Alba Lucía Idárraga Álvarez, generando desprendimientos superficiales de capa vegetal y suelo, con ocasión de procesos erosivos en el predio donde está situado el talud, en el sector de la vereda Bajo Tablazo, jurisdicción del municipio de Manizales.

De otro lado, y conforme a los informes técnicos y las visitas realizadas por el personal de CORPOCALDAS y el municipio de Manizales, se pudo establecer, la ausencia de obras de manejo de aguas lluvias en el talud superior, circunstancia que contribuye a la generación de los procesos erosivos, siendo también influyentes factores como la altura y pendiente del talud, los materiales presentes en el sitio y el tipo de estructura de la vivienda.

Según la declaración de la ingeniera Luisa Fernanda González, las recomendaciones emitidas por CORPOCALDAS se han orientado al manejo de aguas del predio donde se encuentra el talud, el cual está ubicado frente a la casa de la accionante, de modo que las condiciones de manejo de aguas de ese predio inciden directamente sobre el talud y la problemática que relata la parte actora la está afectando. Teniendo en cuenta lo anterior las entidades son contestes en señalar que es el dueño del predio ubicado en la parte alta de la ladera el responsable de asumir el manejo de aguas lluvias, así como el apuntalamiento del talud y su recubrimiento con vegetación.

En cuanto al tubo expuesto que se observa en las fotografías de los informes que se ubica al frente de la vivienda de la accionante, pese a presentar varios empates al momento de la visita de los técnicos de Corpocaldas, según el testigo de Aguas de Manizales, el ingeniero Luis Felipe Granado, luego de realizar las visitas técnicas por parte del personal de la empresa, la infraestructura de las aguas servidas que salen del predio de la casa 151

en el sector de Travesías del Bajo Tablazo que se denomina El Grito, ya tiene su domiciliario en buen estado y correcto funcionamiento hidráulico.

Adicionalmente, según informe técnico allegado por Aguas de Manizales, se indicó que luego de realizar el seguimiento a la acometida de alcantarillado, se pudo observar que ésta no presenta filtraciones ni reboses de aguas residuales que aporten aguas al terreno, adicionalmente no se observa escorrentía de aguas residuales en el talud por donde baja la tubería.

Solución al primer problema jurídico

¿Estamos presentes frente a una vulneración de derechos colectivos, que requieran intervención de las autoridades demandadas?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que, en este caso, nos encontramos frente a la afectación de derechos subjetivos y patrimoniales de la parte actora, que están siendo afectados por el mal manejo de aguas lluvias de los propietarios de la vivienda ubicada en la parte alta de la ladera, ubicada en todo en frente de la vivienda de la actora, al no estar afectadas por ese mal manejo de aguas lluvias más predios diferentes al de la actora, no se evidencia una vulneración a derechos colectivos; sumado a que no se demostró de ninguna manera que las demandadas hayan incurrido en un actuar irregular que incida en los procesos de inestabilidad de la ladera.

Sobre este medio de control, el artículo 88 de la Constitución 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 estableció 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".

De acuerdo a lo anterior, se tienen 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.

Se invocan como vulnerados los derechos colectivos a:

ARTÍCULO 4: *Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:*

(...)

a) El goce del espacio público

(...)

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; (...)

(...)

PARAGRAFO. *Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*

Frente al goce del espacio público, se resalta que es un derecho colectivo reconocido por la Constitución Política, artículo 82, el cual establece *“Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (...)”*. Por tanto, esta disposición contiene la obligación estatal de mantener su afectación al interés general, su integridad para el uso común y la imposibilidad de que sea apropiado.

El concepto de espacio público se encuentra en la Ley 9 de 1989 en los siguientes términos:

ARTÍCULO 5° *Entiéndase por espacio público 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 individuales de los habitantes. Así, 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 constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.*

Constituyen espacio público de los entes territoriales 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 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, entre otros.

Por su parte, el derecho 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 causados 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.

Se recuerda que las pretensiones de esta demanda se dirigen a que se declare que las accionadas son responsables de la afectación de los derechos colectivos de los habitantes de la vereda Alto Tablazo de Manizales; y como consecuencia de ello, se les ordene diseñar e implementar una solución técnica y concreta sobre el problema del deslizamiento y manejo de aguas lluvias.

En este punto es de suma importancia resaltar que, uno de los elementos necesarios para la procedencia de la acción popular es que su finalidad es la protección de derechos e intereses de naturaleza colectiva. En este caso, la situación de afectación que se plantea en la demanda, está relacionada con unos deslizamientos que se han presentado en la ladera ubicada al frente de la vivienda de la actora en la vereda el bajo Tablazo del municipio de Manizales.

Según la Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1999, el derecho colectivo es aquel que pertenece a todos y cada uno de los miembros de una colectividad, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares, y supone la posibilidad de que cualquier persona pueda acudir ante el juez para defenderla.

El Consejo de Estado en providencia de la Sección Primera del 23 de abril de 2020, radicado 85001-23-33-000-2018-00146-01 (AP), explicó sobre el derecho colectivo lo siguiente:

Por su parte, esta Corporación, en sentencia de 30 de agosto de 2001¹, definió los derechos colectivos como aquellos predicables de una colectividad y que pertenecen a todos. Para el efecto, en aquella oportunidad, se precisó lo siguiente:

"[...] Surge así, pues, en forma evidente, que las acciones populares solo pueden perseguir o la protección de los derechos colectivos o el amparo de los intereses colectivos, que, como su propio nombre lo indica, son aquellos derechos e intereses predicables de una colectividad, de un

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda -Subsección A, consejero ponente Alberto Arango Mantilla, sentencia de 30 de agosto de 2001, expediente núm. 63001-23-31-000-2000-1335-01(AP-179)

conglomerado habitacional, de una comunidad determinada. Derechos que, objetivamente considerados, pertenecen a todos; o intereses que, tenidos como una concepción general que no se subjetivizan al momento de predicarlos, importan a todos, entendida esta expresión como los integrantes o componentes de la comunidad de que se trate, o para decirlo de otro modo, los habitantes de un territorio determinado, cualquiera que sea su jerarquía político administrativa.

Entonces, la vocación de prosperidad de una acción popular exige, por la propia naturaleza de las cosas, que el derecho que se pide proteger o el interés que se demanda salvaguardar se pregonen respecto de toda la colectividad que, en ejercicio de esa acción solicita al juez: o que se evite el daño contingente; o que se haga cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre derechos e intereses suyos; o que, cuando fuere posible, se restituyan las cosas al estado anterior, es decir, que vuelvan a ser lo que fueron antes de configurarse el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio de que se trate [...]”.

*Posteriormente, en providencia de 14 de septiembre de 2001², se dijo que los derechos colectivos eran aquellos mediante los cuales aparecían comprometidos los derechos de la comunidad, cuyo radio de acción va más allá de los derechos subjetivos, razón por la que la titularidad del medio de control recaía en **cualquier persona**.*

*En los mismos términos, esta Sección, en sentencia de 16 de marzo de 2012³ sostuvo que los intereses particulares comunes a un grupo de personas no tienen naturaleza de derecho colectivo; explicó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, la distinción entre los intereses subjetivos y colectivos de un grupo **depende de la posibilidad de apropiación exclusiva de los objetos o bienes materiales o inmateriales involucrados en la relación jurídica**; en consecuencia, para que un derecho pueda considerarse como colectivo **deberá analizarse el objeto o bien material o inmaterial involucrado en la relación jurídica**, respecto del cual ningún miembro de la comunidad puede apropiarse con exclusión de los demás⁴.*

Al retomar el material probatorio, encuentra la Sala que los hechos generadores de la problemática residen en un predio de propiedad privada, por lo que a su titular del dominio le asiste claras responsabilidades en torno al respeto a los derechos de los demás

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, consejera ponente Ligia López Díaz, auto de 14 de septiembre de 2001, expediente núm. 25000-23-25-000-2001-0321-01(AP-161)

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente María Elizabeth García González, sentencia de 16 de marzo de 2012, expediente núm. 2010-00537-01.

⁴ El estudio referido puede consultarse en la sentencia de 10 de octubre de 2019, Consejera ponente Nubia Margoth Peña Garzón, expediente núm. 68001-23-33-000-2016-00673-01.

ciudadanos y la colectividad, así como la prevalencia del interés general en perspectiva de la función social de la propiedad.

Ahora también se demostró que, la situación descrita por la actora afecta solo a su vivienda, no evidenciándose afectación a la comunidad ubicada en el sector; lo anterior conlleva a deducir que la parte actora pretende la protección de un interés de naturaleza subjetiva, relativo a la afectación de su vivienda, pues la problemática no se refiere a una situación de inestabilidad generalizada de la zona y las pretensiones de la actora no se dirigen a la protección de un derecho colectivo.

De igual forma se encuentra probado que, la filtración de aguas sobre la ladera por la tubería expuesta del predio ubicado en la parte alta de ésta ya fue solucionada de suerte que dicha tubería ya no filtra agua, tal y como se expuso por parte de Aguas de Manizales en la visita técnica que realizó en el sitio objeto de la presente controversia el 08 de junio de 2023.

De igual forma, los testimonios de los técnicos son contestes en afirmar que, a pesar de lo anterior, no se evidencia un riesgo alto que pueda afectar la movilidad del sector o que pueda afectar a otras viviendas del sector, siendo una controversia entre vecinos que deben ser resueltos entre ellos, sumado a que las obras para mejorar el manejo de aguas lluvias le corresponde al propietario del predio ubicado en la parte alta de la ladera que se encuentra al frente de la casa de la actora.

Lo anterior deja claro que, no se trata de un bien de uso público, o que el actuar del particular afecte a una comunidad, por lo que no tiene la virtud de ser amparado como un derecho colectivo.

En este sentido se tiene que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara cuando establece que la existencia de un derecho colectivo no se deduce porque varias personas estén en una misma situación; ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos; ni porque se sumen; ya que el derecho colectivo es el que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada; por ello no deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables.

Es de resaltar que de acuerdo al material obrante en el expediente la situación descrita por la actora esto es vertimientos de aguas por la tubería expuesta ubicada en la ladera actualmente se encuentra solucionada.

Se desprende de lo expuesto que es claro que en el lugar se realizaron las obras requeridas para conjurar los problemas en la ladera para evitar las filtraciones de agua que provenían de la tubería expuesta ubicada en la ladera en al cual se ubica el bien inmueble, escenario que es una de las señaladas como una de las causas de inestabilidad de la ladera.

Por lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda.

Costas

De conformidad con lo previsto en los artículos 38⁵ de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁶, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, en esta instancia no se condenará a este rubro, toda vez que no se advierte actuar temerario o de mala fe de la parte actora.

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

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del presente proceso de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** instaurado por **ALBA LUCIA ÁLVAREZ IDARRAGA** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES – CALDAS, LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS – CORPOCALDAS Y AGUAS DE MANIZALES**, y como vinculados **CAROLINA VARGAS VILLAMIL**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS, según lo indicado en la parte motiva.

⁵ “ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

⁶ 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.

TERCERO: EXPÍDASE copia de la sentencia con destino a la Defensoría del Pueblo para los fines previstos en el artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 07 de septiembre de 2023, conforme acta nro.052 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de
septiembre de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 276

Asunto: Admite reforma de la demanda
Medio de control: Controversias Contractuales con Pretensiones Acumuladas Subsidiarias de Reparación Directa
Radicación: 17001-23-33-000-2023-00064-00
Demandante: Promotora Energética del Centro S.A.S. E.S.P.
Demandados: Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)
XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 173 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, en concordancia con el numeral 3 del artículo 125 *ibidem*, pasa este Despacho a decidir sobre la procedibilidad de admitir la reforma de la demanda presentada dentro del proceso de la referencia.

LA DEMANDA

El 11 de abril de 2023² fue interpuesto el medio de control de la referencia³, con el fin de obtener lo siguiente⁴:

4.1. PRETENSIONES PRINCIPALES DE NATURALEZA CONTRACTUAL.

En ejercicio del medio de control de controversias contractuales (artículo 141 del CPACA) solicito proferir sentencia de mérito, de conformidad con las siguientes pretensiones declarativas y de condena:

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo n° 001 del expediente digital.

³ Archivo n° 002 del expediente digital.

⁴ Páginas 51 a 62 del archivo n° 002 del expediente digital.

PRIMERA: Que se declare la existencia de un contrato estatal especial y atípico de producción de Energía Firme regulado por las normas especiales que le otorgan la condición de negocio jurídico atípico o especial como son las Leyes 142 y 143 de 1994 y por el reglamento de operación contenido en la Resolución CREG 071 de 2006, que tiene como extremo **contratante** a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG –** y como extremo **contratista** a la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**

SEGUNDA: Que en virtud de la declaración anterior, se declare que **XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-** hace parte de dicha relación jurídica como **intermediario y administrador de dicho contrato**, dada su calidad de **ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INTERCAMBIOS COMERCIALES – ASIC – y liquidadora y administradora de las cuentas de los cargos por uso del Sistema de Interconectado Nacional – SIN**, cuyas obligaciones ejecuta en el marco del reglamento de operación expedido por la CREG -Resolución CREG 071 de 2006-.

TERCERA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contractual contenido en la Resolución número 013 del 10 de febrero de 2021 “Por la cual se decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Miel II, proyecto desarrollado por Promotora Energética de Centro S.A.S. E.S.P.” expedido por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG –** suscrito por el Dr. MIGUEL LOTERO ROBLEDO en su calidad de Viceministro de Energía Delegado del Ministro de Minas y Energía – Presidente de la CREG- y el Dr. JORGE ALBERTO VALENCIA MARIN (sic) en su calidad de Director Ejecutivo de la CREG, por configurarse las causales de nulidad de: **(i)** Falsa motivación, falta de competencia y expedición irregular del acto, al haberse fundamentado sus motivos y decisiones en la Resolución 061 del 5 de julio de 2007 y su respectivo anexo, cuya pérdida de fuerza ejecutoria había operado por ministerio de la Ley; **(ii)** Ausencia de los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; **(iii)** Fuerza mayor; **(iv)** violación a los principios de buena fe y confianza legítima y **(v)** Falsa motivación.

CUARTA: Que se declare la nulidad del acto administrativo contractual contenido en la Resolución número 019 del 11 de marzo de 2021 “Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CREG 013 de 2021, que decide la actuación administrativa adelantada para determinar el incumplimiento grave e insalvable en la puesta en operación del Proyecto Hidroeléctrico Miel II, proyecto desarrollado por Promotora Energética de Centro S.A.S. E.S.P.” expedido por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG –** suscrito por el Dr. MIGUEL LOTERO ROBLEDO en su calidad de Viceministro de Energía Delegado del Ministro de Minas y Energía – Presidente de la CREG - y el Dr. JORGE ALBERTO VALENCIA MARIN (sic) en su calidad de Director Ejecutivo de la CREG, por

configurarse las causales de nulidad de: **(i)** Falsa motivación, falta de competencia y expedición irregular del acto, al haberse fundamentado sus motivos y decisiones en la Resolución 061 del 5 de julio de 2007 y su respectivo anexo, cuya pérdida de fuerza ejecutoria había operado por ministerio de la Ley; **(ii)** Ausencia de los presupuestos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; **(iii)** Fuerza mayor; **(iv)** violación a los principios de buena fe y confianza legítima y **(v)** Falsa motivación.

QUINTA: Que como consecuencia de las dos declaraciones anteriores, se declare administrativa y contractualmente responsable a la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG** – por el incumplimiento del contrato estatal especial y atípico de producción de Energía Firme respecto de sus obligaciones contractuales para con la entidad contratista, esto es, la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**

SEXTA: Que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales expedidos por **XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. – XM S.A. E.S.P.-** en su en su (sic) calidad de ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INTERCAMBIOS COMERCIALES – ASIC – y liquidadora y administradora de las cuentas de los cargos por uso del Sistema de Interconectado Nacional – SIN, que pasan a señalarse a continuación, por configurarse respecto de cada uno de estos las causales de nulidad por: **(i)** Falta de competencia, por haberse fundamentado sus motivos y decisiones en la Resolución 061 del 5 de julio de 2007 y su respectivo anexo, cuya pérdida de fuerza ejecutoria había operado por ministerio de la Ley; **(ii)** Violación al debido proceso administrativo y **(iii)** Desviación de poder, en relación con los avisos de incumplimiento contenidos en:

1. El oficio 1163-11 del 11 de mayo de 2021 – consecutivo 202144009456-1 XM – mediante el cual XM S.A. E.S.P., solicitó al BANCO DAVIVIENDA “(...) el pago por un monto de TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (COP. 3.867.917.693) en razón a que la empresa PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P. con NIT 900.221.459-1 incumplió con las obligaciones derivadas del objeto cubierto por la garantía bancaria número 07008084600213855 cuyo beneficiario es XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. – XM S.A. E.S.P.- (...)”.
2. El oficio número 1163 – 11 del 18 de mayo de 2021 – consecutivo 202144009905-1 XM – a través del cual XM S.A. E.S.P., informó la (sic) PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., “(...) que, de acuerdo a las instrucciones dadas por la CREG, ejecutamos la garantía No. 07008084600213855 expedida por el Banco Davivienda, de conformidad con el Artículo 36 del Anexo de la Resolución CREG 061 de 2007 (...)”.

SEPTIMA: *Que se declare administrativa y contractualmente responsable a XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.- en su en su calidad de ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INTERCAMBIOS COMERCIALES – ASIC – y liquidadora y administradora de las cuentas de los cargos por uso del Sistema de Interconectado Nacional – SIN-, en su condición de intermediario y administrador del contrato estatal especial y atípico de producción de Energía Firme, por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales para con la entidad contratista, esto es, la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.*

OCTAVA: *Como consecuencia de lo anterior, en el marco del principio de reparación integral de daños, se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA -COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.867.917.693 M/Cte) a título de DAÑO EMERGENTE.*

NOVENA: *Que se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA -COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., INTERESES DE MORA A LA TASA MÁXIMA LEGAL sobre la suma de capital correspondiente a TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.867.917.693 M/Cte) por concepto de DAÑO EMERGENTE desde la fecha de la reconvencción judicial, esto es, la notificación del auto admisorio de la demanda y hasta la fecha en que el pago se efectúe.*

DECIMA: *Que se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., una suma equivalente a QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (500 SMLMV) del año de la sentencia que ponga fin al proceso, por concepto de la indemnización de los PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES O INMATERIALES por AFECTACION AL GOOD WILL de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P..*

DÉCIMAPRIMERA: *Que se condene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA -COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes del año de la sentencia que ponga fin al proceso, por concepto de UNA MEDIDA PECUNIARIA EXCEPCIONAL para la indemnización del DAÑO INMATERIAL DERIVADO DE VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS por efectos de la afectación al derecho fundamental al buen nombre de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., que consagra el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, o el valor que el Juez estime procedente.*

DÉCIMASEGUNDA: *Que como medida de reparación de carácter no pecuniario para la indemnización del DAÑO INMATERIAL DERIVADO DE VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS por efectos de la afectación al derecho fundamental al buen nombre de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., se ordene a LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-:*

- A) Realizar una declaración de responsabilidad expresa por las causales de ilegalidad en que incurrieron con la expedición de los actos administrativos de naturaleza contractual acusados; por la responsabilidad en la que incurrieron en la terminación unilateral e ilegal del contrato estatal especial y atípico de producción de energía firme y la posterior efectividad de la garantía bancaria y de acuerdo con las condenas de la sentencia, a través de los diferentes medios de comunicación nacionales que más adelante se detallan;*
- B) Así mismo, se informe que la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., no es responsable por el incumplimiento del mencionado contrato y de las Obligaciones de Energía Firme que de él emanan.*
- C) Borrar toda la información negativa que, respecto de la PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., reposa en las mencionadas entidades demandadas, bien sea que se encuentre soportada en medios físicos o electrónicos.*

DÉCIMATERCERA: *Que como medida de reparación de carácter no pecuniario para la indemnización del DAÑO INMATERIAL DERIVADO DE*

VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS por efectos de la afectación al derecho fundamental al buen nombre de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, se ordene a los principales medios de comunicación del país que, por medio de la herramienta técnica “robots.txt”, “metatags” u otra similar, neutralicen la posibilidad de libre acceso a las noticias relacionadas con los hechos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato estatal especial y atípico de producción de energía firme y la posterior efectividad de la garantía bancaria efectuados por **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.**, a partir de la mera digitación del nombre de la persona jurídica **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, en los buscadores de internet.

Para efectos de las pretensiones DÉCIMASEGUNDA y DÉCIMATERCERA a continuación se listan los principales medios de comunicación del país:

PRINCIPALES DIARIOS:

Bogotá

El Tiempo

El Espectador

El Nuevo Siglo

La República

Medellín

El colombiano (sic)

El Mundo de Medellín

Cali

Diario de Occidente

El País

Barranquilla

El Heraldo

La Libertad

Cartagena

El Universal

Cúcuta

La Opinión

Bucaramanga

Vanguardia Liberal

Pereira

La Tarde

Manizales

La Patria

Montería

El Meridiano de Córdoba

Neiva
La Nación
Popayán
El Liberal

PRINCIPALES REVISTAS.

Semana
Cromos

PRENSA ECONÓMICA EN COLOMBIA.

La Republica (sic)
Portafolio
Dinero
La Nota

PRINCIPALES CANALES DE TELEVISIÓN.

Caracol Televisión
RCN Televisión
Canal Institucional
Canal Uno
Señal Colombia
Cable Noticias
Canal Capital
City T.V.
Canal 13
Tele Antioquia
Telearibe
Telepacífico (sic)
Telecafé
NTN 24

PRINCIPALES MEDIOS DE COMUNICACIÓN RADIAL EN COLOMBIA

RCN Radio
Caracol Radio
RTVC
Radio Super
Cadena Melodía
Radio Todelar
Olímpica

DÉCIMACUARTA: *Que se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y*

GAS-CREG - que, en uso de sus facultades legales, implemente en el Reglamento de operaciones, respecto de la ejecución de las garantías, la aplicación por parte del ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INTERCAMBIOS COMERCIALES – ASIC –y liquidador y administrador de las cuentas de los cargos por uso del Sistema de Interconectado Nacional – SIN- el procedimiento administrativo previsto en los artículos 106 a 115 de Ley 142 de 1994, precisando que, en lo no previsto, se dé aplicación a las disposiciones de la Ley 1437 de 2011 – CPACA-.

Lo anterior, sin perjuicio de que tales aspectos sean adoptados mediante un régimen general de garantías para el Cargo por Confiabilidad, por efectos de la pérdida de la fuerza ejecutoria de la Resolución 061 del 5 de julio de 2007 “Por la cual se expiden normas sobre las garantías para el Cargo por Confiabilidad”.

DÉCIMAQUINTA: Que se **CONDENE** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS-CREG – XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-** a pagar las costas y agencias en derecho del proceso.

4.2. PRETENSIONES ACUMULADAS SUBSIDIARIAS DE REPARACIÓN DIRECTA.

En ejercicio del medio de control de reparación directa y conforme lo dispuesto en los artículos 140, 162 numeral 2º y 165 de la Ley 1437 de 2011- CPACA-, solicito proferir sentencia de mérito, de conformidad con las siguientes **pretensiones acumuladas subsidiarias** de reparación directa, declarativas y de condena:

PRIMERA: Que se declare a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG** – extracontractual y administrativamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, como consecuencia de la omisión administrativa de cumplir con la función constitucional, legal y reglamentaria de controlar y vigilar las actuaciones de **XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-** en su en su calidad de ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INTERCAMBIOS COMERCIALES – ASIC – y liquidadora y administradora de las cuentas de los cargos por uso del Sistema de Interconectado Nacional – SIN-; circunstancia constitutiva de una **falla en el servicio** causante de **los daños antijurídicos por los que aquí se demanda** y los cuales mí (sic) representada no está en el deber jurídico de soportar.

SEGUNDA: Que se declare a **XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-** en su en su (sic) calidad de ADMINISTRADOR DEL SISTEMA DE INTERCAMBIOS COMERCIALES – ASIC – y liquidadora y administradora de las cuentas de los cargos por uso del Sistema de Interconectado Nacional – SIN- extracontractual y administrativamente responsable por los daños y perjuicios ocasionados a la

PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P., como consecuencia de la omisión administrativa de cumplir las funciones administrativas emanadas de la Constitución Política de Colombia, la Ley y el reglamento de operación expedido por la CREG – la Resolución 071 de 3 octubre de 2006 “Por la cual se adopta la metodología para la remuneración del Cargo por Confiabilidad en el Mercado Mayorista de Energía”; circunstancia constitutiva de una **falla en el servicio** causante de **los daños antijurídicos por los que aquí se demanda** y los cuales mí (sic) representada no está en el deber jurídico de soportar.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior, en el marco del principio de reparación integral de daños, se condene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA -COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-**, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, la suma de **TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.867.917.693 M/Cte)** a título de **DAÑO EMERGENTE**.

CUARTA: Que se condene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-**, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, **INTERESES DE MORA A LA TASA MÁXIMA LEGAL** sobre la suma de capital correspondiente a **TRES MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS DIECISIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.867.917.693 M/Cte)** por concepto de **DAÑO EMERGENTE** desde la fecha de la reconvencción judicial, esto es, la notificación del auto admisorio de la demanda y hasta la fecha en que el pago se efectúe.

QUINTA: Que se condene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-**, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, una suma equivalente a **QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (500 SMLMV)** del año de la sentencia que ponga fin al proceso, por concepto de la indemnización de los **PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES O INMATERIALES** por **AFECTACION AL GOOD WILL** de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**.

SEXTA: Que se condene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.-**, a reconocer y pagar solidariamente en favor de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, una suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes del año de la sentencia que ponga fin al proceso, por concepto de **UNA MEDIDA PECUNIARIA EXCEPCIONAL** para la indemnización del **DAÑO INMATERIAL DERIVADO DE VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS** por efectos de la afectación al derecho fundamental al buen nombre de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, que consagra el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, o el valor que el Juez estime procedente.

SÉPTIMA: Que como medida de reparación de carácter no pecuniario para la indemnización del **DAÑO INMATERIAL DERIVADO DE VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS** por efectos de la afectación al derecho fundamental al buen nombre de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, se ordene a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.- a:**

- A) Realizar una declaración expresa de la responsabilidad administrativa y extracontractual en la que incurrieron a título de falla en el servicio como consecuencia de las acciones y omisiones administrativas en el desempeño de la función administrativa y de sus actuaciones administrativas, con ocasión a la terminación unilateral e ilegal del contrato estatal especial y atípico de producción de energía firme y la posterior efectividad de la garantía bancaria con infracción al orden constitucional, legal y regulatorio y de acuerdo con las condenas de la sentencia, a través de los diferentes medios de comunicación nacionales que más adelante se detallan;
- B) Se informe que la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, no es responsable por el incumplimiento del mencionado contrato y de las Obligaciones de Energía Firme que de él emanan, toda vez que ello estuvo determinado por la falla en el servicio en que incurrieron las entidades demandadas.
- C) Borrar toda la información negativa que, respecto de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, reposa en las mencionadas entidades, bien sea que se encuentre soportada en medios físicos o electrónicos.

OCTAVA: Que como medida de reparación de carácter no pecuniario para la indemnización del **DAÑO INMATERIAL DERIVADO DE VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS** por efectos de la afectación al derecho fundamental al buen nombre de la **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, se ordene a los principales medios de comunicación del país que, por medio de la herramienta técnica “robots.txt”, “metatags” u otra similar, neutralicen la posibilidad de libre acceso a las noticias relacionadas con los hechos que dieron lugar a la declaratoria de la terminación unilateral del contrato estatal especial y atípico de producción de energía firme y la posterior efectividad de la garantía bancaria efectuados con ocasión a la falla en el servicio en que incurrieron **LA NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA -COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS – CREG – y XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.**, a partir de la mera digitación del nombre de la persona jurídica **PROMOTORA ENERGÉTICA DEL CENTRO S.A.S. E.S.P.**, en los buscadores de internet.

Para efectos de las pretensiones **SÉPTIMA** y **OCTAVA** a continuación se listan los principales medios de comunicación del país:

PRINCIPALES DIARIOS:

Bogotá

El Tiempo

El Espectador

El Nuevo Siglo

La República

Medellín

El colombiano (sic)

El Mundo de Medellín

Cali

Diario de Occidente

El País

Barranquilla

El Heraldo

La Libertad

Cartagena

El Universal

Cúcuta

La Opinión

Bucaramanga

Vanguardia Liberal

Pereira

La Tarde

Manizales

La Patria
Montería
El Meridiano de Córdoba
Neiva
La Nación
Popayán
El Liberal

PRINCIPALES REVISTAS.

Semana
Cromos

PRENSA ECONÓMICA EN COLOMBIA.

La Republica (sic)
Portafolio
Dinero
La Nota

PRINCIPALES CANALES DE TELEVISIÓN.

Caracol Televisión
RCN Televisión
Canal Institucional
Canal Uno
Señal Colombia
Cable Noticias
Canal Capital
City T.V.
Canal 13
Tele Antioquia
Telecaribe
Telepacífico (sic)
Telecafé
NTN 24

PRINCIPALES MEDIOS DE COMUNICACIÓN RADIAL EN COLOMBIA

RCN Radio
Caracol Radio
RTVC
Radio Super
Cadena Melodía
Radio Todelar
Olímpica

NOVENA: *Que se CONDENE a la NACIÓN – MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS-CREG – XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. - XM S.A. E.S.P.- a pagar las costas y agencias en derecho del proceso.*

El conocimiento del presente asunto correspondió por reparto al suscrito Magistrado⁵, a cuyo Despacho fue allegado el 12 de abril de 2023⁶.

Mediante auto del 20 de abril de 2023⁷ se admitió la demanda al encontrar reunidos los presupuestos procesales para ello.

Contra la anterior providencia, XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. interpuso recurso de reposición⁸; el cual fue resuelto desfavorablemente a través de auto del 8 de junio de 2023⁹.

Ejecutoriada la decisión referida y una vez notificada la demanda, ésta fue contestada oportunamente por la Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)¹⁰ y por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.¹¹, proponiendo excepciones previas¹² y llamamiento en garantía¹³ esta última sociedad.

La parte actora se pronunció frente a las excepciones previas y de fondo propuestas por XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. y la Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)¹⁴.

El 15 de agosto de 2023, la parte demandante presentó reforma de la demanda en relación con las pruebas aportadas y las solicitadas¹⁵.

El 28 de agosto de 2023, el expediente pasó a Despacho para resolver¹⁶.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

⁵ Archivo n° 001 del expediente digital.

⁶ Archivo n° 003 del expediente digital.

⁷ Archivo n° 004 del expediente digital.

⁸ Páginas 3 a 9 del archivo n° 007 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 012 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 015 del expediente digital.

¹¹ Archivo n° 018 del expediente digital.

¹² Archivo n° 020 del expediente digital.

¹³ Archivo n° 022 del expediente digital.

¹⁴ Archivos n° 024 y 031 a 034 del expediente digital.

¹⁵ Archivos n° 027 a 029 del expediente digital.

¹⁶ Archivo n° 035 del expediente digital.

La posibilidad de reformar la demanda quedó contemplada en el artículo 173 del CPACA, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 173. REFORMA DE LA DEMANDA. *El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:*

- 1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial.*
- 2. La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan o a las pruebas.*
- 3. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad.*

La reforma podrá integrarse en un solo documento con la demanda inicial. Igualmente, el juez podrá disponer que el demandante la integre en un soto (sic) documento con la demanda inicial.

Con auto del 6 de septiembre de 2018¹⁷, el Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en relación con el término para reformar la demanda, así: **“UNIFICAR** la jurisprudencia en el sentido de que el término de que trata el artículo 173 del CPACA para reformar la demanda, debe contarse dentro de los diez (10) días después de vencido el traslado de la misma, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión”.

La notificación del auto admisorio de la demanda se realizó el 2 de mayo de 2023. Ahora bien, como dentro del término de ejecutoria de dicha providencia, la sociedad XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P. interpuso recurso de reposición, sólo hasta cuando quedó ejecutoriado el auto que resolvió dicho recurso, podía iniciarse el término de traslado de la demanda, una vez transcurridos los dos días hábiles siguientes al envío del mensaje de datos.

De manera que los 30 días de traslado previstos por el artículo 172 del CPACA, en concordancia con el artículo 199 del mismo código modificado

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Auto del 6 de septiembre de 2018. Radicación número: 11001-03-24-000-2017-00252-00.

por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, corrieron después de los 2 días de enviado el mensaje de datos de notificación, esto es, desde el 21 de junio de 2023 hasta el 3 de agosto del mismo año.

En consecuencia, el término de 10 días previsto para la reforma de la demanda transcurrió desde el 4 de agosto de 2023 hasta el 18 del mismo mes y año.

Dado que el escrito de la reforma de la demanda fue radicado el 15 de agosto de 2023¹⁸, la misma se realizó dentro del término legalmente establecido.

De otra parte, se observa que las modificaciones efectuadas por la parte demandante¹⁹ se ajustan a los requisitos contenidos en los numerales 2 y 3 del artículo 173 del CPACA para reformar la demanda, en tanto modificó el acápite relativo a pruebas, para adicionar unas documentales y aclarar las testimoniales, sin sustituir la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda.

Adicionalmente se advierte que la parte actora integró la reforma en un solo escrito con la demanda inicial²⁰, aportando las pruebas adicionadas²¹.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho considera que la reforma de la demanda se ajusta a los presupuestos establecidos en el artículo 173 del CPACA en materia de oportunidad y de condiciones de su contenido.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

Primero. ADMÍTESE la reforma de la demanda que en ejercicio del medio de control de controversias contractuales con pretensiones acumuladas subsidiarias de reparación directa, instauró la Promotora Energética del Centro S.A.S. E.S.P. contra la Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) y XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P.

En consecuencia, se dispone:

¹⁸ Archivo nº 027 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 028 del expediente digital.

²⁰ Archivo nº 029 del expediente digital.

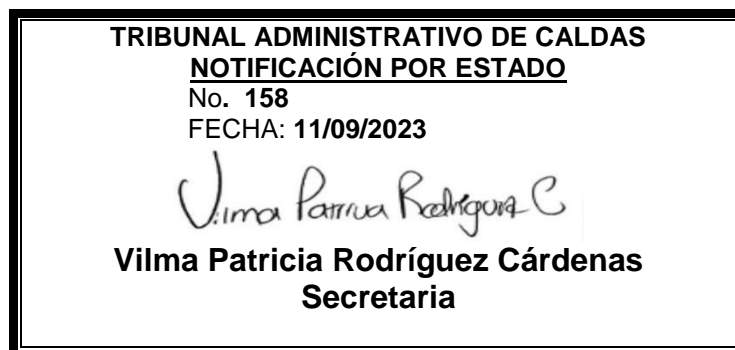
²¹ Páginas 19 a 259 del archivo nº 028 del expediente digital.

1. **NOTIFÍQUESE** el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.
2. **CÓRRASE** traslado del escrito de reforma de la demanda a la Nación – Ministerio de Minas y Energía – Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), a XM Compañía de Expertos en Mercados S.A. E.S.P., al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por el término de quince (15) días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 173 del CPACA.

Segundo. ADVIÉRTESE a las partes y demás intervinientes que el único correo electrónico habilitado para allegar la contestación de la reforma de la demanda, poderes, sustituciones de poder, memoriales y demás información es el siguiente: sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección electrónica, se tendrá por no presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



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

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

Código de verificación: **861f8ac0ee56d2a8f921f72be8a664080dcd59de68e02b776fc41ee7ace90c2a**

Documento generado en 08/09/2023 08:24:02 AM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 278

Asunto: Rechaza demanda por no corrección
Medio de control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicación: 17001-23-33-000-2023-00154-00
Demandantes: Personería Municipal de Aguadas, Caldas.
Demandado: Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Empresa para el Desarrollo Territorial -PROYECTA.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 047 del 08 de septiembre de 2023.

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 472 de 1998 y el artículo 171 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, esta Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a resolver sobre la admisión de la demanda del medio de control de la referencia.

ANTECEDENTES

La demanda

La parte actora radicó acción popular contra Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Empresa para el Desarrollo Territorial -PROYECTA con el propósito de lograr la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, por la ausencia de ejecución de la obra de infraestructura vial denominada “reposición de capa de pavimento del pueblito viejo del Municipio de Aguadas”, y que según lo expuesto por el actor popular es gerenciada por la Empresa para el Desarrollo Territorial -PROYECTA- con recursos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Como fundamento de la solicitud de protección de los derechos e intereses colectivos afirmó que a causa de la falta de pavimentación del mencionado tramo vial, los habitantes del sector conocido como calle 17 Alto de la Virgen “Pueblito Viejo” en Aguadas, Caldas, llevan un año y medio con la vía cerrada, sin posibilidad de acceso de ambulancias y vehículos de bomberos, y presenciando filtraciones de aguas lluvias y de escorrentía en los cimientos de las viviendas.

En las pretensiones de la demanda se solicita declarar la vulneración de los derechos colectivos y que se ordene a las entidades demandadas efectuar los trámites necesarios para reanudar el contrato de obra de infraestructura vial denominado “*reposición de capa de pavimento del pueblito viejo del Municipio de Aguadas*”, así como realizar las obras de pavimentación y complementarias anexando un nuevo cronograma con fecha de entrega.

El trámite procesal

La demanda se radicó el 15 de agosto de 2023 la demanda de la referencia, fecha en la cual el expediente fue asignado por reparto al suscrito Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas. El 22 del mismo mes y año se remitió el proceso a este Despacho para decidir sobre la admisión del medio de control (archivos 1 a 3, exp. digital).

En auto del 25 del mismo mes y año, se dispuso por el Despacho ponente inadmitir la acción al encontrar que la parte demandante no acreditó el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, referido al requisito de procedibilidad del medio de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos. Lo anterior, en armonía con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 161 del mismo código.

La anterior decisión se notificó en el estado n°148 del 28 de agosto de 2023 (archivo 04, expediente digital).

Lo probado respecto de la orden de corrección

En relación con las providencias reseñadas anteriormente, esta Sala de decisión encuentra que la parte accionante omitió corregir el escrito de demanda conforme le fue ordenado en el auto del 25 de agosto de 2023.

En efecto, de acuerdo con la constancia secretarial de fecha 5 de septiembre de 2023, “*el 31 de agosto de 2023 venció el término para corregir la demanda*”

otorgado a la parte accionante, sin que a la fecha se haya recibido memorial con corrección”.

Finalmente, destaca esta Corporación que la ley 472 de 1998 regula la admisión de la demanda de la referencia y contiene el término para subsanar la misma, el cual en el presente asunto se encuentra superado sin que la parte demandante haya probado el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el legislador en materia de procedibilidad de la acción popular.

De este modo, la Sala destaca que respecto de las entidades públicas demandadas no se acreditó la corrección de la demanda en los aspectos indicados en el auto que la ordenó.

Así las cosas, en tanto la parte accionante omitió corregir el escrito de demanda, la Sala deberá adoptar la consecuencia jurídica prevista en los artículos 20 de la Ley 472 de 1998 y 170 del CPACA y, en tal sentido, rechazar la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

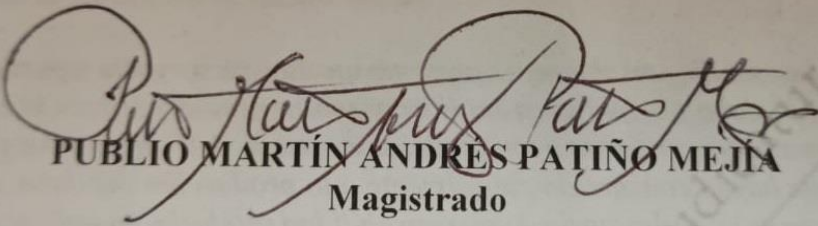
Primero. RECHÁZASE por ausencia de corrección la demanda que en ejercicio del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos radicó el señor Personero Municipal de Aguadas, Caldas, contra el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Empresa para el Desarrollo Territorial -PROYECTA.

Segundo. Ejecutoriado este auto, sin necesidad de desglose, DEVUÉLVANSE los anexos al interesado y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.


Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 158
FECHA: 11/09/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-001-2015-00236-02
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTES	GUILLERMO ARIAS GÓMEZ Y OTROS
ACCIONADO	E.S.E HOSPITAL SAN FELIX DE LA DORADA (CALDAS)

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 11 de marzo de 2020, mediante el cual se negaron las pretensiones incoadas por la parte actora.

PRETENSIONES.

Solicita la parte actora se declare administrativamente responsable a la E.S.E. Hospital SAN FELIX DE LA DORADA (CALDAS) por los perjuicios causados a la parte demandante a raíz de la supuesta falla o falta en la prestación del servicio de salud, que dio lugar a la muerte del señor HERIBERTO ARIAS GÓMEZ, y como consecuencia de ello se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los perjuicios irrogados.

HECHOS

Se indicó que el 26 de junio de 2013 siendo aproximadamente las 21:30 horas; en el kilómetro 17 con 380 metros de la vía que de Honda conduce a Puerto Boyacá, en el corregimiento Guarinocito del municipio de la Dorada, se produjo un accidente de tránsito, en el cual colisionaron 2 vehículos en el cual resultaron heridos los señores Heriberto Arias Gómez y Guillermo Arias Gómez.

Como consecuencia de las lesiones ocurridas en el lugar, los hermanos Arias Gómez fueron trasladados a la ESE Hospital San Félix de la Dorada aproximadamente a las 22:25 de la noche.

El señor Heriberto Arias Gómez ingresó al centro hospitalario con trauma de tórax, politraumatismo, sin pérdida de la conciencia, ingresó alerta y orientado; pero taquipnéico, con respiración paradójica, saturación hasta 86% pese a máscara de oxígeno, ruidos cardiacos velados, disminuidos en base pulmonar derecha, acortamiento de miembro inferior derecho y rotación externa, edema en ambos antebrazos, anisocoria, equimosis en párpado inferior derecho, pupila derecha hiporeactiva, orientado en las 3 esferas, con hemotórax derecho y aumento de diámetro mediastinal. Fue realizada toracostomía cerrada hallándose abundante salida de aire y sangre escasa con mejoría de la saturación hasta 96% aunque con persistencia de taquipnea y respiración paradójica; en Rx de fémur derecho fractura desplazada del tercio proximal y cuello de fémur, se inmovilizó fractura del tercio distal del cúbito izquierdo.

Indicó que debido a la gravedad de las heridas que presentaba el señor Heriberto Arias Gómez, el único proceder prudente y razonable por parte del personal médico, era remitirlo inmediatamente a un hospital que prestara servicios de mayor nivel de complejidad, puesto que el Hospital San Félix de la Dorada presta los servicios de segundo nivel de complejidad, por lo que no se encontraba en las condiciones de prestar adecuadamente los servicios que requería el paciente Arias Gómez.

Se mencionó también que, transcurrieron alrededor de 11 horas y media, antes de que el señor Heriberto Arias Gómez, fuese remitido al Hospital Santa Sofía de la ciudad de Manizales, lapso que se considera una pérdida de tiempo atendiendo a los traumas sufridos por el paciente, con las complicaciones que se presentaron y que le causaron la muerte; agregando que, en la historia clínica del paciente no se observan anotaciones que justificaran la tardanza en la remisión, de lo que deduce que se trata de una conducta negligente e imprudente que se traduce en una deficiente prestación del servicio de salud.

Señaló que la tardanza para remitir al señor Arias Gómez a un nivel de atención superior, dio lugar a que se le presentarían paros cardio respiratorios, que complicaron su estado de salud. También se refirió que durante el traslado del paciente a Manizales le debieron de realizar maniobras de reanimación, razón por la cual debió ser ingresado al hospital San Vicente de Paúl del municipio de Fresno; no obstante, a las 10:35 de la mañana se informó el fallecimiento del paciente por parte del personal médico.

Se indicó igualmente que, según el peritaje médico, elaborado por la Médica Ana María Ramírez Castro, especialista en medicina legal y ciencias forenses, en el daño a la vida en el paciente influyó la negligencia, toda vez que no se hizo lo que se debía hacer en el

tiempo requerido, y sin que haya sido posible determinar el origen de su muerte por impericia, en la realización de la necropsia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se menciona que en el *sub-lite* hubo una falla en la prestación del servicio médico, sustentado en las acciones y omisiones de los profesionales y funcionarios de la E.S.E Hospital San Félix de la Dorada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Hospital San Félix de la Dorada – Caldas: manifestó el hospital demandado que, no le consta lo concerniente al accidente de tránsito, en el que resultaron afectados los hermanos Arias Gómez, pero que estos ingresaron al centro asistencial para que fueran atendidos médicamente a raíz del accidente, aceptando que dicho Hospital es una IPS del segundo nivel de complejidad, rechazando que la entidad no estuviera en condiciones de prestar una debida atención al señor Heriberto Gómez Arias, de quien señala, era una persona de 80 años que sufrió politraumatismo severo, trauma severo de tórax y cráneo, así como compromiso respiratorio a consecuencia del accidente de tránsito de alta energía. Refiere que, por las condiciones del paciente, obligó a que los médicos centraran sus esfuerzos a estabilizar al paciente antes de someterlo a traslado en ambulancia por más de 4 horas. Indica igualmente que, no obstante el adecuado manejo al paciente, este fue mostrando progresivamente inestabilidad hemodinámica, trastorno respiratorio y deterioro neurológico, por lo que requirió intubación, presentando posteriormente paro cardiorespiratorio, siendo remitido en traslado primario al hospital Santa Sofía de Manizales, pero falleciendo durante el recorrido, por lo que se hizo necesario el ingreso al hospital de fresno, donde le practicaron maniobras de reanimación pero sin que se haya evitado su muerte. Defendió el ente hospitalario que la muerte del paciente no obedeció al tiempo que transcurrió entre su ingreso al hospital hasta que se realizó su traslado, sino que se dio como consecuencia natural de los múltiples traumatismos y graves lesiones que sufrió en el accidente de tránsito.

Formuló como excepciones, el manejo adecuado conforme a la *lex artis*; inexistencia de falla en el servicio médico; inexistencia de la obligación de indemnizar; inexistencia del nexo causal; obligaciones de medio y fuerza mayor o caso fortuito.

CONTESTACIÓN AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Seguros Generales Suramericana S.A: como argumentos de defensa propuso las excepciones de inexistencia de falla en el servicio, inexistencia del nexo causal y causa extraña (fuerza mayor o caso fortuito). También se opuso al monto de la indemnización solicitando se dé aplicación al artículo 206 del CGP, relacionada con la consecuencia pecuniaria que allí se establece por la no demostración de los perjuicios, de lo que deriva la excepción de indebida tasación de los montos de la indemnización.

De otro lado, indicó que la demandada y la compañía aseguradora llamada en garantía, suscribieron un contrato de seguro de responsabilidad civil profesional para clínicas y hospitales, contenido en la póliza #0212704-7, con vigencia del 30 de abril del 2013 al 30 de abril del 2014, formulando por ello otras excepciones que llamó inexistencia de cobertura de indemnizaciones derivadas de los daños causados por la responsabilidad profesional de la demandada Hospital San Félix de la Dorada, respecto de la responsabilidad civil extracontractual #0212707-9; cobertura y deducible pactado en la póliza #0212704 y disponibilidad de cobertura del valor asegurado con respecto a la póliza #0212704-7, y no cobertura de culpa grave ni dolo respecto a esta última póliza.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Después de referirse el señor juez primero administrativo del Circuito de Manizales, a los rasgos generales de la responsabilidad del Estado y a los elementos que la configuran, en especial lo referente a la responsabilidad por actos médicos, esbozando con base en criterios del Consejo de Estado que, el régimen aplicable es el de la "la falla probada del servicio/es/ el título de imputación bajo el cual es posible configurar la responsabilidad del Estado por la actividad médica y hospitalaria y es carga del demandante acreditar la falla en mención, el daño antijurídico y el nexo de causalidad.

Con apoyo en el artículo 17 del decreto 4747 del 2007, plantea el mismo funcionario, que debido a los múltiples y graves traumas que presentaba el lesionado, lo primordial por la entidad demandada era garantizarle todos los recursos con que contaba la institución del segundo nivel de atención para que se mantuviera estable, lo que en efecto hizo el Hospital San Félix, como era estabilizar al paciente, oxigenación por máscara, venturi e intubación orotraqueal, inmovilización de las fracturas, seguida por una toracostomía cerrada que se realiza por ausencia o disminución de ruidos respiratorios; considerando que por las condiciones precarias en que fue recibido el paciente en el Hospital, lo menos adecuado era su traslado de manera temprana, debido a la inestabilidad clínica y hemodinámica en la que se encontraba el paciente, lo que hacía de una probabilidad de reanimación en una

ambulancia fuera menor por las condiciones del vehículo y la falta de herramientas disponibles para controlar un paro cardiorrespiratorio.

Basado el juzgado también en dictamen pericial dado por la médica internista Doctora Dora Inés Molina de Salazar, quien señaló que la atención otorgada al paciente en el hospital accionado con ocasión del accidente sufrido por el señor Heriberto Arias Gómez el 26 de junio del 2013 "se ajustó a las guías y protocolos de manejo de pacientes con los traumatismos y patologías" que presentaba aquel, a lo que se agregó, que siendo un paciente de 72 años hipertenso de base con colesterol, le implicaba un alto riesgo cardiovascular, con anterioridad al accidente.

Con todo, el despacho de primera instancia no halló responsabilidad del Hospital San Félix de La Dorada, apartándose del informe dado por la galena Ana María Ramírez Castro, en el sentido de haberse presentado negligencia por la postergación de una determinada actuación sin causa justificada, al no haberse hecho lo que debía hacerse en el tiempo requerido, prueba documental cómo fue decretada por el juzgado que se aparta del peritaje dado por la experta Molina de Salazar quien hizo un relato pormenorizado de cómo fue la atención al paciente, que se hizo conforme a la praxis médica atendiendo a las circunstancias del accidente y la evolución que el lesionado presentó a su ingreso al hospital.

Que el testimonio dado por la galena Soraya Noreña, concluye que, las actuaciones del hospital no presentan yerros en su actuar, reiterando que el paciente por su estado grave de salud debía ser primero atendido en la forma como lo fue, antes de ordenarse su traslado a la ciudad de Manizales, viaje aproximadamente de 4 horas y que por los cambios en el clima y la altura podían repercutir en el estado de salud del paciente.

Dijo por último el despacho de primera instancia que, la causa determinante del fallecimiento del paciente fue los politraumatismos que le conllevó el accidente ocurrido el día 26 de junio del 2013.

En virtud de ello:

FALLA

PRIMERO: Declarar probada la excepción denominada "falta de estructuración de la responsabilidad del accionado", de acuerdo a lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia (sic) de lo anterior. NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de

reparación directa promovió por conducto de apoderado judicial los señores Guillermo Arias Gómez, Luis Fernando Arias Gómez, Yeny Alejandra Arias Marín, Sandra Lorena Arias Aguirre y Germen Felipe Arias Marin (sic) en contra del Hospital San Félix de la Dorada Caldas. **TERCERO: SE CONDENA EN COSTAS** a la parte demandante cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Por agencias en derecho se fija la suma de \$\$13'209.175.

CUARTO: Desde ya se autoriza la expedición¹ de copias auténticas de la presente sentencia que soliciten las partes procesales de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

QUINTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo de Justicia Siglo XXI. De existir saldo en la cuenta de gastos, devuélvanse los dineros respectivos, luego de efectuar su liquidación por Secretaría.

RECURSO DE APELACIÓN

la parte demandante solicitó se revoque íntegramente el fallo impugnado, sustentando en síntesis:

1. Transcribió varios párrafos de la sentencia apelada, considera que el juzgado para negar las pretensiones de la parte actora “se basó única y exclusivamente en el dictamen pericial que rindiera la Doctora Dora Inés Molina Salazar, no tuvo en cuenta ninguna otra prueba y que, a la historia clínica del presbítero Arias Gómez, no le dio una interpretación adecuada”.

2. Que en el plenario debía establecerse si la remisión del paciente fue o no oportuna, y el reproche no se orienta a los procedimientos o cuidados antes de la remisión ordenada, sino que, se insiste, en si la remisión fue o no oportuna. Resalta que una vez estabilizado el paciente, hacia las 11:55 de la noche, el médico de turno, ordenó su remisión inmediata a un hospital del tercer nivel, como lo era el Hospital Santa Sofia de Manizales, debido a las lesiones que el presentaba; sin embargo, la remisión solo se realizó a las 9 de la mañana del día siguiente, lo que, a su juicio, constituye una falla en la prestación del servicio médico hospitalario, falla que dio lugar al fallecimiento del paciente como está demostrado en el proceso, insistiendo en que no hubo diligencia, ni prontitud y menos interés en la remisión del paciente, puesto que al haber sido estabilizado hacia la media noche, donde estuvo incluso consciente y hablando, debió ser remitido de inmediato al hospital de tercer nivel, así fuera corriendo los mismos riesgos que se corrieron al día siguiente cuando fue remitido, quitándosele de esta manera, la oportunidad de vivir.

3. Expone igualmente la parte actora que, en el proceso obran básicamente tres pruebas con base en las cuales el juez debió resolver y con ellas haber llegado a la verdad real o material, como son: a) La historia clínica del paciente Arias Gómez, la que estima suficiente para ver declarado la falla en la prestación del servicio médico, que consistió en la tardanza en ejecutar la orden de remisión; b) El dictamen pericial dado por la Doctora Inés Molina de Salazar, y c) La prueba documental que contiene concepto médico legista de la Doctora Ana María Ramírez Castro.

4. El juez de primera instancia en su fallo contraria entonces el acervo probatorio al darle una interpretación inadecuada a la historia clínica mencionada, desestimando, sin argumentos válidos, el concepto de la Doctora Ramírez Castro, en cambio sí le dio pleno valor al dictamen pericial de la Doctora Molina de Salazar, "no obstante la falta de objetividad e imparcialidad que en el mismo se nota".

5. Indica que en la historia clínica consta que el paciente se le practicó toracotomía cerrada al final de la cual se observó mejoría en la saturación hasta del 96%, ultimo procedimiento de estabilización que, se anota, le fue practicada al Padre Arias Gómez.

6. Igualmente refiere que, en la historia clínica se observa que a las 8 de la mañana del 27 de junio del 2013, es intubado el paciente, entra en paro y mediante maniobras sale del mismo, pero solo se remite a las 9 de la mañana de este día, cuando sus condiciones médicas habían empeorado.

7. Se tiene por probado que el presbítero falleció a las 10:40 de la mañana de ese 27 de junio del 2013, de lo que concluye la falla en el servicio de salud, derivada en la demora en la remisión del paciente al Hospital Santa Sofia de Manizales, por lo que no comprende por qué el juez le dio una interpretación diferente; además que la toracotomía pudo haberse realizado en la ambulancia, puesto que es un procedimiento médico que no requiere de quirófano, ni de médico especialista.

8. Deduce la parte apelante que si se hubiese hecho la remisión a las 2:55 de la mañana del 27 de junio del 2013, hubiera llegado al Hospital Santa Sofia de Manizales a las 7 de la mañana, donde con toda seguridad habría recibido el servicio médico necesario para salvar su vida o como mínimo no habría perdido la oportunidad o chance de vivir", lo cual contradice la posición asumida por el juez de conocimiento en el sentido de que tanto la atención, como la remisión fueron oportunas, cuando lo cierto es que lo único oportuno fue la atención y no la remisión.

9. Sobre el concepto médico legista, otorgado por la Doctora Ana María Ramírez, señala la parte demandante, el que coincide con la historia clínica en el sentido de que hubo una “demora injustificada en la remisión”, cuestionando el tratamiento despectivo que dice le da el juez primero a la profesional Ramírez Castro, cuya hoja de vida envidiaría la perita ya mencionada, con lo cual indica que siendo una prueba indirecta los indicios también pueden demostrar el hecho frente a una prueba directa como es el dictamen pericial pero que el juez no le dio el valor que le debía corresponder;

10. El dictamen pericial es carente de objetividad e imparcialidad como lo rebatió en la audiencia en su contradicción, en donde se presentó un exceso de ritualidad manifiesto, el que no debe merecer credibilidad por ser parcializado, además porque se firmeza adolece de un defecto procedimental como el mencionado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Demandante: se ratificó en los expuesto en la demanda y en el recurso de apelación.

Hospital San Félix: se ratificó en lo expuesto en la contestación de la demanda solicitando se confirme el fallo de primera instancia,

Llamado en garantía: se ratificó en los expuesto en la contestación de la demanda.

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 la litis.

Pretende la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la E.S.E. Hospital San Félix de la Dorada, Caldas, por los daños ocasionados con la muerte del señor Heriberto Arias Gómez, ocurrida el 27 de junio del 2013, se alega, debido a la tardanza en la remisión del paciente a un centro de atención hospitalaria de mayor complejidad, como lo era el hospital Santa Sofía de Manizales.

Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación el problema jurídico se centrara en resolver los siguientes interrogantes:

¿Están dadas las condiciones que la jurisprudencia ha estructurado para declarar administrativamente responsable al Hospital San Félix de la Dorada, Caldas, por la atención médica de que fue objeto el señor Heriberto Arias Gómez, con ocasión a un accidente de tránsito ocurrido el 26 de junio del año 2013?

En caso positivo se deberá resolver:

¿Qué perjuicios deben ser indemnizados por el hospital demandado?

¿Debe responder la llamada en garantía Seguros Generales Suramericana S.A.?

MARCO NORMATIVO

régimen de responsabilidad aplicable

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 dispone:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” (Resalta la Sala).

Ante este postulado constitucional y la diversidad de supuestos fácticos en los cuales el Estado puede irrogar daños a los particulares, por vía jurisprudencial se han decantado varios títulos de imputación que responden a las características propias de los contextos en los que se produce el hecho dañoso, así como a la dificultad probatoria que se deriva del carácter de algunas actividades.

En materia de responsabilidad estatal por actividades relacionadas con la prestación del servicio médico, los recientes pronunciamientos del máximo órgano de esta jurisdicción ratifican, como regla, que para el estudio de este tipo de asuntos debe acudir a la falla probada del servicio, con las implicaciones o cargas probatorias que de ella se derivan. Y se indica que se establece una regla, por cuanto esta formulación no representa una imposición para el funcionario judicial, quien, atendiendo a los pormenores de cada caso, puede optar por otro parámetro para desarrollar el juicio de imputación.

En sentencia de 7 de mayo de 2021, la Sección 3ª del Consejo de Estado aludió a este postulado, así como a la evolución jurisprudencial que representó la superación de la teoría de la falla presunta como régimen general en situaciones de responsabilidad médica, y al dinamismo probatorio que se deriva de esta específica tipología de casos (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Adriana Marín, Exp. 73001-23-31-000-2010-00704-01(51564):

“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que, por regla general, el título de imputación aplicable en asuntos médico-sanitarios es el de la falla probada el servicio. Como consecuencia, le corresponde a la parte demandante demostrar el desconocimiento de la *lex artis* aplicable al caso concreto, en otros términos, la desatención a las obligaciones que emanan del conocimiento científico:

Este aspecto que no ha sido pacífico en la jurisprudencia, comoquiera que paralelamente a la postura que en una época propendió por cimentar la responsabilidad estatal en estos casos sobre la falla presunta del servicio, ha tenido acogida, igualmente, la posición –por lo demás prohijada por la Sala en sus más recientes fallos– de acuerdo con la cual el título jurídico de imputación a tener en cuenta en los supuestos en comento es el de la falla del servicio probada.

Así pues, de la aceptación –durante un significativo período de tiempo– de la aplicabilidad de la tesis de la falla del servicio presunta a este tipo de casos por entender más beneficioso para la Administración de Justicia que en lugar de someter al paciente a la demostración de las fallas en los servicios y técnicas científicas prestadas por especialistas, se impusiese a éstos –por encontrarse en las mejores condiciones de conocimiento técnico y real de cuanto hubiere ocurrido– la carga de atender los cuestionamientos que contra sus procedimientos se formulan por los accionantes¹, posteriormente se pasó al entendimiento de acuerdo con el cual el planteamiento en mención condujo a que en todos los litigios originados en los daños causados con ocasión de la prestación del servicio médico asistencial se exigiese, a las entidades públicas demandadas, la prueba de que dicho servicio hubiere sido prestado debidamente, para posibilitarles la exoneración de responsabilidad, cuando en realidad “... no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si estas se encuentran presentes o no. Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está, precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la

¹ Cita del original. “Especialmente a partir de la unificación de criterios en torno al tema, la cual tuvo lugar con la sentencia de 30 de julio de 1992, con ponencia del Magistrado Daniel Suárez Hernández, referida, junto con toda la evolución hasta entonces evidenciada en relación con este tipo de asuntos, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de agosto de 1992, rad. 6754”.

teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio².

Con fundamento en dicha consideración, se determinó que la demostración de la falla en la prestación del servicio médico asistencial corre por cuenta de la parte demandante" (Cursivas y subrayado del texto original, resaltados de la Sala).

En el mismo fallo, la alta corporación reconoció que, en el ámbito de la responsabilidad médica las dificultades probatorias se incrementan debido al carácter técnico y científico que tienen los hechos que sirven de base a las pretensiones de reparación, ante lo cual el ordenamiento jurídico otorga libertad probatoria para adelantar el estudio de imputación, sin que ello implique que la responsabilidad haya de presumirse en estos casos:

"(...) Lo anterior no impide que la Sala reconozca, como lo ha hecho en oportunidades anteriores, la dificultad probatoria en punto al nexo causal que suelen tener los demandantes en este tipo de casos, dado el especialísimo carácter técnico inherente a los procedimientos médico asistenciales, por ello, esta Subsección ha sostenido:

Ahora bien, no pueden perderse de vista las dificultades que caracterizan la actividad probatoria en procesos como el que mediante el presente pronunciamiento se decide, habida cuenta de que la actividad médica entraña conocimientos técnicos y científicos de difícil constatación que, en determinados supuestos, le impiden al juez tener plena certeza sobre el nexo de causalidad existente entre un específico procedimiento médico y el resultado que al mismo se le pretende imputar. No obstante, la dificultad que conlleva el análisis de las pruebas en materia médica no faculta al juez para presumir la existencia del aludido nexo causal.

Empero, también se ha sostenido y así se reitera que, en aplicación del principio de libertad probatoria, el juez de la causa puede recurrir a cualquier medio demostrativo que le resulte útil para formar su convencimiento en relación con la existencia y las particularidades de los presupuestos fácticos relevantes para resolver de fondo la litis, mecanismos acreditativos entre los cuales el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil consagra el indicio como uno de los que válidamente puede apreciar el operador judicial con el propósito de formar su íntima convicción (...)³.

En este orden de ideas, si bien el régimen aplicable a los eventos en los cuales se discute la responsabilidad patrimonial del Estado por las actividades médico-sanitarias es, de manera general, el de la falla probada del servicio, la especial naturaleza de la actividad en estudio le permite al juez de la causa acudir a diversos medios probatorios (v.gr. prueba indiciaria) para formar su

² Cita del original. Sección Tercera, sentencia del 7 de diciembre de 2004, exp. 14.421.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2011, exp. 19.192, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

convencimiento acerca de la existencia del nexo de causalidad, sin que por ello se pueda afirmar que dicha relación causal se presume" (Destacados de la Sala).

El criterio pregonado, que como se indica resulta pacífico en la jurisprudencia reciente de esta jurisdicción⁴, permite definir los contornos esenciales del análisis de la responsabilidad por el acto médico, que pueden sintetizarse en lo siguiente: (i) el régimen de la falla probada como marco general de análisis; (ii) el consecuente deber de la parte actora de acreditar, además del daño, la desatención a la "*lex artis*", entendida como el conjunto de parámetros científicos que deben orientar la atención médica en el caso concreto; (iii) el principio de libertad probatoria que rige el estudio de la responsabilidad, habida cuenta de las connotaciones propias de la ciencia médica; y (iv), el dinamismo en las cargas probatorias según las circunstancias de cada caso, sin que ello pueda llegar a derivar en una presunción del nexo de causalidad como elemento de la responsabilidad.

Para abundar, es del caso abordar lo que es el acto médico y qué obligaciones se derivan de su ejercicio. Así, en sentencia 2 de mayo de 2017, la Sección Tercera, Subsección "B" del mismo Tribunal Supremo, con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 2000-00412-01(37493), señaló:

"...5.2. Sobre la naturaleza de las obligaciones de los prestadores del servicio médico y de los derechos de los usuarios

Antes de emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad en la prestación del servicio de salud frente a la ocurrencia de un resultado desafortunado, es preciso considerar sumariamente la naturaleza del acto médico y de la consecuente índole de las obligaciones que se derivan de su ejercicio.

En efecto, a pesar de los notables progresos que ha experimentado en los últimos siglos, el ejercicio de la medicina comporta riesgos cuyo control escapa a la ciencia, haciendo ajena a la actividad la completa exactitud y a cualquier pretensión de infalibilidad. Esto es así porque todo procedimiento médico implica algún grado de riesgo (así en algunos casos pueda ser ínfimo) cuya eventual realización la asume el paciente, **una vez conocida en forma de consentimiento informado**.

En vista, pues, de que a la práctica médica atañe siempre un cierto componente de inexactitud o si se quiere de alea, no es dable sostener que las obligaciones que las instituciones médicas y asimismo los profesionales de la salud contraen con los pacientes sean de resultado. Por eso, aunque se han abandonado unánimemente las posturas que abogan por una total

⁴ Ver también Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico, 9 de abril de 2021, Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00026-01(60265).

irresponsabilidad del médico, la naturaleza de medio de las obligaciones médico asistenciales y hospitalarias es de común aceptación.

Lo anterior significa, básicamente, que el paciente tiene derecho a exigir la mayor diligencia posible, de donde se sigue como inconcuso, que el mero "fracaso" del procedimiento médico no constituye una violación de las obligaciones que se adquieren con la prestación, mientras que el desconocimiento de la atención debida sí se puede considerar lesiva del bien jurídico fundamental de la salud, así de esta no se siga como consecuencia un daño adicional. Por lo dicho, se concluye también que en toda reclamación por responsabilidad médica, la negligencia, así no fuere causa del resultado, genera responsabilidad es decir se trata de un daño principal e independiente.

En vista, pues, de que el principal derecho del paciente es la atención adecuada y diligente, es preciso establecer en qué consiste ésta última. Es de común aceptación, en efecto, que la diligencia médica exige acudir a todos los medios posibles para la salvaguarda de la vida y la salud del paciente, mas, como cada uno de los términos antes mencionados tiene un cierto grado de polisemia, se impone hacer precisiones adicionales. En primer lugar, es menester resaltar que el deber de salvaguardar implica tanto la prevención como el tratamiento. En segundo lugar, se debe resaltar que, como lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia de las jurisdicciones constitucional y contencioso administrativa, los bienes jurídicos de la vida y la salud no se refieren únicamente al mantenimiento de la subsistencia y la funcionalidad orgánica, sino que está permeada por las exigencias de la dignidad humana, de lo cual se sigue que la obligación médica se extiende a situaciones terminales, con un componente paliativo y que las acciones tendientes a la recuperación de la funcionalidad e integridad orgánica o a la mitigación del dolor deben realizarse siempre de acuerdo con la exigencia de respeto al paciente y sus allegados, frente a quienes se tiene obligaciones de veracidad, garantía del consentimiento informado y, en general, de trato acorde con la dignidad humana.

Para efectos del caso concreto, se ha de resaltar que una dimensión importante de la diligencia en el servicio médico, tiene que ver con la prestación efectiva y pronta del mismo, esto es, con la garantía de la atención, el ingreso, la celeridad, la calidad del servicio y la evitación de trámites innecesarios. En resumen, parte de la humanización a la que debe propender el servicio médico, consiste en la implementación de procedimientos logísticos que agilicen y optimicen la atención al usuario, de modo que éste no vea agravada su situación con innecesarias dilaciones burocráticas o deficiencias en la dotación de elementos al igual que de personal médico, paramédico o asistencial.

Por lo anterior, se debe resaltar que la negligencia alegada en los casos de responsabilidad médica no solamente se limita a la mala praxis, por parte del personal tratante, sino que puede darse también en virtud de un desorden infraestructural (ya sea de la Institución médica o del sistema de salud como un todo) por cuya

causa, los médicos tratantes ven entorpecida su actuación, aunque, en el caso concreto, actúen dentro de los parámetros de la diligencia posible. En resumen, la negligencia puede ser profesional, pero también sistemático-institucional (Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, C. P.: Stella Conto Díaz del Castillo, Exp. 26398)" (Subrayas y negrillas fuera de texto).

CASO CONCRETO

Para desatar los argumentos de cuestionamientos al fallo de primera instancia, se torna preciso recordar que la parte actora pretende atribuir responsabilidad a la E.S.E. Hospital San Félix de la Dorada - Caldas, por la supuesta tardanza en la remisión del paciente Arias Gómez de aquel centro asistencial que es del segundo nivel de atención, al hospital Santa Sofía de Manizales de nivel de atención superior (tercer nivel), en la noche del 26 de junio y la mañana del 27 del mismo mes del 2013, lo que a juicio de los apelantes, le causó la muerte.

Circunscrita la apelación a los tres escenarios que plantean los accionantes, esto es, la historia clínica, el dictamen pericial y el documento suscrito por médica legista. En el mismo orden los abordará la Sala.

HECHOS PROBADOS

HISTORIA CLINICA - Desarrollo de la atención al paciente HERIBERTO ARIAS GÓMEZ

La Sala de Decisión acude a la transcripción que de la misma hizo el Comité Ad-hoc que analizó el caso del presbítero fallecido Heriberto Arias Gómez, que obra de fls. 222 a 231 del cuaderno 1.1, así:

**TRIAGE: 27-06-2013
12:21 USUARIO SOAT
TRIAGE 1
FRESNO**

Paciente remitido de la dorada caldas para Manizales por politraumatismos ocasionados por accidente de tránsito, paciente quien ingresa al servicio de urgencias sin signos vitales trasportado por médico y enfermera de hospital san Félix de la dorada quienes se dirigen a Manizales pte con múltiples traumatismos ocasionados por accidente de tránsito en calidad de conductor de automóvil el cual colisiona contra vehículo de carga pesada al ingresar al servicio paciente con tubo a tórax en hemitórax derecho con trampa, inmovilizaciones a nivel de antebrazo izquierdo y miembro inferior derecho.

Hallazgos clínicos: paciente sin signos vitales palidez y cianosis generalizada con Intubación orotraqueal con tubo tórax con evidencia de fracturas costales acceso venoso a nivel de flexura antebrazo derecho con goteo de dobutamina

y llave de inmovilización en antebrazo izquierdo paciente con cianosis periféricas neurológico sin signos vitales.

Impresión DX: paro cardiaco no especificado.

Conducta: Iniciar maniobras de reanimación Dr. Edwin quintero.

Epicrisis y contra referencia

Motivo de solicitud de servicio: paciente con trauma múltiple por accidente automovilístico.

Estado al Ingreso: enfermedad actual:

Paciente que presenta traumas múltiples por accidente de tránsito, FX de fémur derecho, FX de radio y cubito distal, trauma generalizado de tórax ninguna orientación revisión por sistemas: relacionado con la causa que originó el servicio. No ninguno

Examen físico: ta: 130/70 fc:80x" fr:24x" paciente que presenta fx múltiples.

Diagnósticos:

1. politraumatismo severo. 2. fx fémur derecho. 3. fx cubito lzq. 4. trauma cerrado de tórax Plan de manejo terapéutico: dobutamina pasar en 5cc/hora.

RX: de tórax, fémur, antebrazo, columna.

Evolución: paciente que entra en paro cardiorrespiratorio, se reanima se saca del paro, se Intuba y se traslada en ambulancia medicalizada a hospital santa Sofía. *resultados de procedimientos DX que Justifiquen cambios en el manejo o DX: paciente con paro cardiorrespiratorios.

Justificación de Indicaciones terapéuticas: intubación, RCP, inmovilización con férula de yeso en MID-MSI.

Egreso: DX: por orden de prioridad.

Politraumatismo severo. FX fémur derecho. FX cubito lzq. Trauma cerrado de tórax. Tórax inestable. Remitido a 3 nivel de complejidad.

Triage: 2- 26.62013 22:25 (ANOTA LA SALA, HORA DE INGRESO POR ACCIDENTE)

Dr.: Marcelo Ortiz mora.

Motivo de consulta: accidente

sv. ta:100/60 fc: 93x" fr:24x" spo2:96%

Dx: politraumatismo accidente de tránsito. Dr.: Marcelo Ortiz mora.

Cuadro clínico de 15 minutos consistente con accidente de tránsito, según paciente iba como conductor refiere dolor torácico y en MII.

Antecedentes: niega hta, qxcos (-) no alérgico a ningún medicamento.

Paciente algico en malas condiciones generales de salud, pálido, PINR concentrado tórax, dolor a la palpación de tórax. Abdomen blando, extremidades dolor en tercio proximal miembro inferior derecho edema moderado.

DX: politraumatismo. Trauma Torácico.

plan.s.s. n 0.9% 1000 cc abolo luego a 120cc x hora. Tramadol amp 100mg pasar en 100cc de san pasar en 30min, RX: tórax, columna cervical antebrazo izquierdo, columna lumbosacra, pelvis.

Remisión de paciente solicitud. fecha: 27-06-2013

Responsable de paciente: padre nevio.cel:3132277302 amigo

dirección: barrio la magdalena parroquia sagrado corazón.

A Hospital Santa Sofía Dr.: Julián salgado coordinador de urgencias

Servicio al que remite: Cx uci Intermedios, Dr.: Santander Suarez.

Paciente de 72 años quien el 27-01-2013 a las 21:00 sufrió un accidente de

tránsito en automóvil en calidad de conductor al chocar con otro automóvil, sufrió trauma con manubrio de carro en tórax y politraumatismos al parecer no perdida de la conciencia, traído por ambulancia, al ingreso alerta, orientado, taquipnea, con respiración para disnea desaturado hasta 86% pese a máscara de no inhalación RsCsRs disminuidos en base pulmonar derecha y rotación externa, edema, en ambos antebrazos, neurológicos: anisocoria pupila izquierda 2 mm derecha 4 mm, equimosis en parpado inferior derecho pupila derecha hipo reactiva orientado en las 3 esferas, moviliza todas sus extremidades menos miembro inferior derecho, fue llevado para hallazgos en Rx de tórax de hemotórax derecho y aumento de diámetro mediastinal a toracotomía cerrada hallándose abundante salida de aire y sangre escasa pero con mejoría de la saturación 96% aunque persistencia de taquipnea y respiración paradójica, en RX de fémur derecho fx desplazada de 1/3 proximal cuello de fémur sin evidencias de fx de cadera se inmovilizo fx de 1/3 distal de cubito izq.

IDX: tórax inestable, trauma mediastinal, postoperatorio o toracotomía cerrada. Cle 10: s297 s277

Posterior a toracotomía presento mejoría del estado general, pero persiste respiración paradójica fr: 26x" spo.95% con oxígeno por ventury al 50%fc.117x" ta: 103/70 fr: 17x" diuresis 300cc unidad de cuidados intermedios.

DX: FX desplazada de cuello de fémur derecho, politraumatismos moderados, desprendimiento retiniano?

Plan TAC de tórax y tac de cráneo simple continúa tto antibiótico con cefazolina y analgesia, Paciente con trauma múltiple.

Informe quirúrgico Dr.: Suarez ayudante Dra.: Amaya

Intervención: fecha: 27-06-2013 hora: 2:30 hora: 2:50

Dx: toracotomía cerrada derecha.

Hallazgos de abundante salida de aire y sangre spo: 97% posterior procedimiento.

Anestesia: local

Preoperatorio: trauma cerrado de tórax derecho hemotórax.

Descripción y hallazgos operatorios:

1. asepsia y antisepsia.
2. anestesia local con xilocaína
3. Incisión en 4-5 espacio intercostal medio derecho se realiza hx se introduce tubo # 32 con dedo índice y se conecta a trampa sin complicación.

Evolución: 26-06-2013 3:55

nota medica de urgencias.

Marcelo Ortiz Mora

Paciente refiere perdida de la visión el ojo derecho se aprecia equimosis en parpado inferior izquierdo c/p. RsCsRs mucho dolor a la palpación tórax, abdomen: blando: edema tercio proximal muslo derecho, neurológico sin déficit, si: ta:100/70 fc:56x'spo2:92% con ventury al 35%fr:24x", llegan reportes de paraclínicos y Rx de tórax: no es clara determinación de hemitórax, Rx: lumbosacra: normal, RX: antebrazo izquierdo, fax tercio medio distal cubito izquierdo Rx: pelvis normal, Rx:

cervical normal, Rx: cadera derecha fax, Rx: muslo derecho, fax fémur.

plan: hospitalizar dejar en pequeña Cx, SSN 0.9 %120cc, diclofenaco amp. 75mg IM, se ordena repetir Rx de tórax, continua con oxígeno, se inmoviliza fémur y miembro superior izquierdo MSI antebrazo se decide remitir a 3 nivel se entrega a medico de hospitalización se suspende Rx de tórax y tac tórax.

nota medica: 27-06-2013:01:20.
Marcelo Ortiz Mora

Paciente en malas condiciones generales de salud spo2:84% sin oxígeno, si: ta: 110/75 fc: 100x" fr: 34x", descompensado, abdomen blando con extremidades inmovilizadas sin dificultad para esta, mejoría del dolor, ordena administrar midazolam 2.5 gris, se ordena mascara de no reinhalación y valoración x Cx se comenta con el Dr.: Santander.

27-06-2013 8:00: Anestesiología

Se hace intubación de paciente con tubo #7.5 para acceder se ordena administrar propofol 5cc, el paciente presenta paro cardiaco, se procede a iniciar maniobras de resucitación se ordena 1 amp bicarbonato en total 8 amp gluconato de calcio y luego 1 amp de adrenalina se hace reanimación en 2 oportunidades sale del paro, Dr.: Ruby moreno.

Evolución urgencias - Cx 27-06-2013 1:50
Santander Suarez - Cirujano General

Paciente de 72 años de edad se atiende al llamado médico, paciente con politraumatismo, paciente con trauma cerrado de tórax ocasionado por accidente de tránsito.

Paciente de saturado 86% fc: 120x" fr: 36x" en regular estado general, se observa alteración y movimientos en tórax, se auscultan ruidos en campos pulmonares, abdomen blando, inmovilizado en brazo y miembro inferior derecho.

IDX: trauma hemitórax inestable, RX: hemotórax derecho, mal pronóstico se ordena traslado a quirófano toracotomía cerrada. Dr.: Santander

27-06-2013 hora. 3:10
Dra.: Paola Amaya

Paciente en post operatorio inmediato de toracotomía cerrada con IDX: tórax inestable, trauma mediastino, politraumatismo moderado en el momento alerta responde a interconsulta fc:115x" ta:107/70 fr:30x" spo2:93% con ventury al 50% persistente respiración paradójica, anisocoria por pupila derecha 4mm Izquierdo 2mm, pupilas reactivas a la luz, sombras y movimientos por ojo derecho ojo izquierdo (visión), comprometida por confortación normal RsCs rítmicos ... RsRs disminuidos en ambas bases con estertores bilaterales, abdomen blando, no impresión dolorosa niega dolor no irritación, extremidad derecha con abducción rotación externa y acortamiento, inmovilización con férula posterior, Inmovilización con vendaje bultoso ambos brazos llenado capilar en 2seg está orientado en las 3 esferas.

p/ RX de tórax control posterior a tubo, tac ventury al 50% p/remisión Cx 3 nivel

27-01-2013 hora: 4:10
Dra.: Paola Maya

paciente con RX anotados en regulares condiciones de salud por respiración paradójica pero leve disminución de frecuencia respiratoria fr:27x" ta:87/70 fc:115x" doy orden de bolo san 0.9%de 500cc p/taci cráneo simple RX tórax control con colapso de pulmón derecho, afectación de hacia la derecha aumento de mediastino sospecho contusión pulmonar no descarto hemorragia, de momento continua con ventury al 50% con spo2:95% p/

remisión 3 nivel.

27-06-2013 hora 5:10

Dra. Paola Amaya

Encuentro paciente agitado refiere dolor columna dorsal por posición se retira ventury y tubo a tórax el cual encuentro en el piso pase a lo anterior spo2:95% aunque fr: 28x" ta: 95/80 me comunico con Cx quien informa que pasara tubo nuevamente y dejar toracotomía abierta.

26-06-2013 hora: 5.50 am

Dr.: Santander. Cirujano General

Nota Cx: se encuentra paciente en Cx quien se retiró accidentalmente el tubo a tórax.

Se procede a realizar recolocación del tubo a tórax.

27-06-2013 hora: 6:10

Dra. Paola Amaya

Paciente en regulares condiciones fc:120x" ta: 90:56 fr:28x" spo2:97% con ventury al 50%, llenado capilar ahora a 3seg y ahora con diaforesis decido Iniciar soporte dobutamina a 2mg /kg/minuto. Solicito tracción de miembro inferior izquierdo y derecho, me Informan que no hay disponibilidad de pesas, por episodio de agitación que presento se desalinea fracturas, optimizo alineación de cadera derecha p/valoración por ortopedia p/ remisión 3 nivel se ordena tramadol 50mg lv ahora.

Evolución 27-06-2013

Dr. Jorge Hernán Aristizábal

Paciente de 72 años de edad con trauma múltiple por accidente de tránsito vía la dorada guaranicito.

1. politraumatismo moderado
2. trauma cerrado de tórax
3. fx de fémur proximal derecha
4. fx cubito distal Izquierdo
5. falla respiratoria

Encuentro paciente quien responde al llamado, obedece ordenes Glasgow de 13/15 con Inmovilización de miembros Inferiores derecho con férula de yeso posterior, con goteo de dobutamina 1 amp de 250mg en 100cc a razón de 4cc x hora con registro de signos vitales.

spo2:86% ta:86/50 pam:56 fc:120x" fr:32x" con cifras basales de bajo gasto, hipo perfusión distal menor a 5 seg con tendencia a la agitación se procede a intubar paciente por que presenta criterios para intubación difícil se llama la Dra.: Ruby moreno anestesióloga que procede a intubar con propofol y midazolam se recupera paciente en vía área pero entra en paro cardiorrespiratorio, se activa código azul se inicia maniobras de reanimación paciente con electrodos registra asistolia con ritmo de puro.7:10: se pasa 1 amp de adrenalina a las 7:14:se inicia RCP compresiones torácicas, se espera y se administra otra ampolla de adrenalina 7:17:se continua con compresiones por orden de la Dra.: Ruby

se desfibrila en una sola ocasión a las 7:24: paciente recupera pulso ritmo

sinusal ta:96/70 pam:66 fc:66x" se Inician tramites de remisión y traslada en ambulancia se inician por reanimación se aumenta goteo de dobutamina a 4.5 cc x hora se traslada paciente en ambulancia a 3 nivel de atención hospitalaria, al hospital departamental santa Sofía.

- medicamentos utilizados en reanimación
 - 8 amp de bicarbonato
- férula de yeso vendaje elástico. hc completa p/remisión a 3 nivel.

27-06-13 hora: 4:25

Aux Angy Ramírez

Ingres a pte de nuevo al servicio de urgencias a pequeña Cx acostado en camilla procedente del servicio de Cx tranquilo ansioso con dx: trauma cerrado de tórax con oxígeno por ventury al 50% tolerándolo con lev permeables pasando ssn 0.9% a 70cc x hora con sonda vesical a cistoflo eliminando ámbar claro con inmovilización con férula de yeso en msd pte sin complicaciones p/ remisión uci 3 Intermedios. Anyi Ramírez

27-06-2013 hora: 5:10

Aux Angy Ramírez

pte ansioso Inquieto que se retira cuello ortopédico y tubo a tórax dra. Amaya Informa vía telefónica a Dr.: Santander quien informa que pasará tubo nuevamente.

27-06-13 hora: 5:50

Dr.: Santander realiza limpieza en área y pasa tubo a tórax # 32 conectado a trampa y fija con prolene sin complicación. Aux. Anyi Ramírez

27-06-13 hora: 7:00

queda paciente en el servicio de pequeña Cx acostado en camilla ansioso con dx: anotados con lev permeables pasando ssn 0.9% a 70cc x hora y goteo de debutamina a 4cc x hora x bomba de infusión con ventury al 50% tolerando monitorizado, con sonda vesical a cistoflo eliminado ámbar claro con inmovilización de msd con férula de yeso, pte sin complicación. p7 remisión a Cx 3 nivel uci intermedios hc completa.

nota: pte que no se lleva a tac por estar ansioso el cual la Dra.: Amaya dijo que así no se podía tomar el tac y que tan poco lo podían sedar se cumplen órdenes. aux. Angy Ramírez.

27-06-13 hora:7.00

Aux Diana María Castañeda

recibo pte en pequeña Cx consciente, orientado, afebril pte con goteo dobutamina a 4cc x hora con sonda vesical conectada a cistofio pte con inmovilización en mid con férula de yeso pte aparentemente buen estado p/ remisión a Cx 3 nivel. Diana Castañeda

hora: 7:15 pte con spo2:86%, ta:86/50, fc:120x" fr.32x" pte se observa diaforético cianótico, los médicos Dr.: Aristizábal y Dr.: Alejandro proceden a intubar pte con criterio dificultoso de intubación deciden llamar a la Dra.: Ruby moreno anestesióloga quien decide intubar con propofol y midazolam pte con la vía aérea presenta paro cardiorrespiratorio se activa código azul los médicos inician maniobras de reanimación.

27-06-2013 hora 7:20

Aux Diana María Castañeda

se inicia RCP 1 amp adrenalina 7:25:se pasa otra amp de adrenalina 7:30:se continua con maniobras de RCP por orden de la dra. Ruby se desfibrila pte.7:35: pte recupera pulso fc:66x" ta:96/70 se inician trámites de remisión por orden del Dr. se saca en código azul.8: 00.pte sale remisión con oxígeno asistió ambu con ssn 0.9% 500cc a 80cc x hora en compañía de la aux: Leidy Guarín. aux. Diana Castañeda.

Ordenes medicas 26-06-13

Dr.: Marcelo Ortiz

ssn 0.9% 1000cc a bolo y luego a 120cc x hora.

tramadol amp 100mg pasar en 100cc en 30 minutos.

s/s rx: tórax mid, columna cervical, pelvis, antebrazo izq. Sonda vesical a cistofló

27-06-2013

ssn 0.9% 120cc x hora

Dr.: Marcelo Ortiz

oxigeno por ventury 35%

hoja neurológica cada 2 horas.

s/s tac cráneo simple

yeso 6x5 #6

algodón laminado 6x5 # 4

vendaje elástico 6x5 #4

s/s tac tórax -tac cráneo. hospitalizar.

27-06-13

Dr.: Marcelo Ortiz

mascara de no reinalación (sic)

midazolam 2.5 mg iv. vendaje bultoso en mii.

27-06-13

Dr.: Paola Amaya

hospitalizar /6 horas. - tramadol 50 mg iv c/ 8 horas, ranitidina amp 50 mg iv c/8 horas, oxigeno por ventury al 50% rx tórax control. Dr.: Santander dobutamina amp 250mg en 100cc de ssn 0.9% pasar a 4 cc por bomba de infusión.

27-06-13

Dr.: Jorge Aristizábal

Midazolam amp 5 mg 2 amp.

propofol amp al 5% 1 amp

bicarbonato de sodio 10 mg iv 8 amp

adrenalina amp x img 3 amp

nota: 26-06-13

aux. enfermería Lina chica Londoño

se hace entrega a María ensueño Marín Giraldo con cédula de ciudadanía # 24727047 de Manizales las pertenencias del pte con su autorización procedo a nombrarlas: crucifijo doblado, 1250 pesos, bisturí, frasco con pasta endulzante celular BlackBerry con estuche llaves # 16 gafas con un lente rayado, y desprendidos papeles cedula ciudadanía para constatar firma el pte

y persona quien recibe se incluye pantalón.

*nota de aux. enfermera antes del traslado

27-06-2013

aux. Leidy Guarín

paciente en pequeña Cx en muy malas condiciones generales físicamente pte con tubo endotraqueal 7.5, conectado ambu proporcionado respiración mecánica, pte con fx en msd con férula de yeso con absceso venoso pasando ssn 0.9% a 80cc x hora con goteo de debutamina, con férula de yeso en mid pte se observa en muy malas condiciones pte que debe ser llevado a la clínica santa Sofía en Manizales.

Evolución de viaje

aux. enfermería: Leidy guarín

conductor: Bladimir Torres

ambulancia: ood 151

médico: Felipe López

Hora de salida 9:00

Hora de llegada (vuelta) 19:35

Sale como código azul; pte que durante el viaje tuvo signos vitales débiles 10:05: Dr.: verifica pulso al paciente quien no le encuentra por lo tanto inicia maniobras de RCP y se ingresa al hospital de fresno para buscar apoyo médico para estabilizar pte se realiza RCP durante 20 minutos 10:35: médico informa que el pte falleció, pte no alcanza a llegar a su destino clínica santa Sofía en Manizales. aux. enfermería Leidy Guarín.

2. DICTÁMEN DE MÉDICA INTERNISTA- Dora Inés Molina de Salazar:

El "dictamen pericial" que obra en los folios 301 a 306 del cdno 1 del Juzgado instructor, fue rendido por la médica Dora Inés Molina de Salazar, quien se describe como Docente titular de la facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Caldas, especialista en medicina interna, diabetes e hipertensión arterial, además de directora de Clinical Research Ips Médicos internistas de Caldas:

Concluyó en el punto 6 que "Por todo lo anterior considero que no hay evidencia de que hubo por la parte demandada ESE Hospital San Félix de La Dorada, obstáculos de calidad, accesibilidad, oportunidad e integralidad de los servicios. Y finalmente por todo lo anotado en los puntos anteriores también considero que los procedimientos médicos realizados al paciente en el Hospital San Félix de la Dorada se ajustaron a la Lex artis", habiendo allí una basta bibliografía que soporta también la experticia.

Sustentó su conclusión en lo siguiente:

Acerca de la atención medica prestada al paciente Arias Gómez, se ajustó a los protocolos de atención a pacientes con traumatismos y patologías como las presentadas por el sacerdote hoy fallecido, siguiendo para su determinación la historia clínica que indica como se le dio el manejo inicial en la época, señalando la experta que en el manejo inicial es requisito la

monitorización constante de la función cardiopulmonar, mediante saturación, presión arterial y frecuencia cardiaca. Señala la perito que el estudio de las imágenes comienza con la radiografía de tórax que aportara información sobre pared torácica, parénquima y el espacio pleural con su posible ocupación, procedimiento que según dice, "si fueron realizados según historia clínica", agregando que: "por la evidencia presentada se puede establecer que como se realizó en el hospital san Félix, debía llevarse a cabo cada uno de los tratamientos e intervenciones necesarias, para estabilizar al paciente como lo fueron la reanimación hídrica, oxigenación por mascara, ventury e intubación oro-traqueal, inmovilización de las fracturas, la toracostomía cerrada, soporte con inotrópicos". En lo que concierne al manejo de las secuencia ABCDE, señala que según el literal A, " el paciente requería intubación tal como se realizó". Con respecto al componente B (buena ventilación), manifestando que el procedimiento realizado al paciente se ajustó a los protocolos, "y también bien hechos el resto de los procedimientos del ABCD". Luego expreso que el paciente Arias Gómez recibió una atención oportuna y adecuada "de acuerdo a los servicios de salud para los cuales se encontraba debidamente habilitado el Hospital San Félix teniendo en cuenta que se trata de una institución de segundo nivel de complejidad"; reiterando la galena que, "al paciente si se le realizaron procedimientos adecuados y oportunos como la reanimación hídrica, oxigenación por mascara ventury e intubación oro-traqueal, inmovilización de las fracturas, la toracostomía cerrada, soporte con inotrópicos.

Acerca de la remisión del paciente que realizo el Hospital San Félix, expuso que ha debido tenerse en cuenta que la causa directa de los dos paros cardiorrespiratorio, "no tiene nada que ver con el hecho de no realizarse el traslado a una institución del tercer nivel", anotando que "por el contrario si se hubiese realizado más temprano, en las condiciones de inestabilidad clínica y hemodinámica en que se encontraba el paciente la probabilidad de reanimación en una ambulancia era menor dada las propias condiciones del vehículo en movimiento y la falta de disponibilidad de herramientas necesarias en un paro como el cardio desfibrilador, que como se pudo ver, el primer paro cardiorrespiratorio tuvo adecuada respuesta con la aplicación de la descarga, situación que no fue posible en el segundo evento"; agregando, que los tramites de remisión del paciente comenzaron muy temprano (23:55h del día de los hechos) lo que indica, a su juicio, el carácter oportuno a la remisión que realizo la parte demandada; y que el paciente al salir como traslado primario, pero durante ese traslado "entra en paro por lo que también fue oportuno y adecuado el inicio de maniobras de RCP y el traslado al Hospital de Fresno donde se le realizo RCP durante 20 minutos"; insistiendo luego que al paciente sí se le practicaron los exámenes y procedimiento adecuados para el tratamiento de sus traumatismos y patologías; institución de segundo nivel que contaba con los recursos y requisitos necesarios para prestar la atención necesaria frente a las complicaciones que se iban presentando, se le hicieron los diagnósticos iniciales cuyo manejo se realizó en la institución como el hemotórax y estabilización de fracturas; y continua la perita: "las complicaciones que sufrió el señor Heriberto Arias Gómez, así como su posterior deceso sí fueron consecuencia de las lesiones sufridas de accidente de tránsito en el que se presenta coalición (sic) de alta energía cinética...", lo que fundamenta en estudios científicos; indicando también que conforme a los descrito en la necropsia médico legal, la causa de la muerte fue el shock hipovolémico, explicado por el hemotórax masivo, secundario a un tórax inestable (fracturas de más de 2 costillas en más de dos segmentos de su longitud) y consecuencia directa del accidente de

tránsito de alto impacto, mas no por la falta de traslado inmediato a un tercer nivel o por falta de servicios médicos, ya que como se ha mencionado se realizaron numerosas maniobras para mantener la mejoría clínica y hemodinámica. (folios 36 al 41 del Cuaderno copia).

3. MÉDICA LEGISTA- Ana María Ramírez Castro

Médica general, con Registro Médico 690, sin especificar ningún tipo de especialidad, indica como conclusión que, *"En el DAÑO a la vida del paciente en mención influyó situación de NEGLIGENCIA. Postergamiento de una determinada actuación sin causa justificada, no se hizo lo que se debía hacer el tiempo requerido, es previsible, evitable, con nexo de causalidad existente con un tiempo de aparición inmediato. No fue posible determinar el origen de su mecanismo de muerte por IMPERICIA en la realización de la necropsia Médico Legal". El sustento de las afirmaciones están en el documento que se halla en los folios 110 a 115 del cuaderno 1 (anexo a la demanda) en donde hace pormenorizada referencia a la atención prestada al presbítero ARIAS GÓMEZ en el hospital de La Dorada, consignando las graves lesiones sufridas por aquel, señalando que "para el 27/06/2013, a las 7:20 horas presenta paro cardiorrespiratorio el que es intervenido bajo el protocolo de código azul del que sale, a las 9:00 am egresa en malas condiciones generales del Hospital San Félix rumbo al Hospital Santa Sofia, presentando otro paro CR durante su trasladado por lo que es ingresado al Hospital San Vicente de Paul de Fresno, donde pese a las medidas de reanimación fallece a las 10:35 h". Luego de describir los problemas que se presentan ante una fractura de costilla, los que, dice que con frecuencia se asocian a "lesión pulmonares o parenquimatosas o pleurales con hemo o neumotórax o contusiones pulmonares, dice, los ancianos son más propensos a las fracturas costales por su osteoporosis y al mismo tiempo se complican con mas facilidad. El paciente anciano con una fractura costal tiene una enfermedad grave susceptible de causarle la muerte por sus complicaciones". Luego de referirse al tórax inestable o paradójico y definir lo que es neumotórax y hemotórax, refiere que "El tratamiento es (sic) estos traumas torácicos es básicamente de soporte, deben manejarse idealmente en una UCI. Con frecuencia se asocian con EDRA (Síndrome de Dificultad Respiratoria del Adulto) complicación causante de mortalidad".*

Recuerda la Sala, conforme la jurisprudencia anteriormente transcrita, que actualmente, para que prospere una demanda de reparación directa por falla médica, se debe demostrar por la parte actora, la falla probada.

Como se ha expuesto, el debate de la apelación gira en torno al valor probatorio que el juez de primera instancia le dio al dictamen pericial rendido por la médica internista, que fue fundamental para que el juez de primera instancia negar a las pretensiones de la parte accionante, sosteniendo, que por su parte no se tuvo en cuenta el del médico legista.

Observa la Sala que, las conclusiones a las que arriman las galenas respecto del tratamiento que recibió el paciente con ocasión al accidente de tránsito, son contradictorias, mientras el dictamen rendido por la especialista es conteste en afirmar, que la atención se hizo

conforme a la *lex artes*, y que la remisión se hizo atendiendo razones de salud del paciente, la del médico legista deja entrever algunas dudas sobre el trato que recibió la víctima, por parte del Hospital demandado.

Lo que si debe esta Sala dejar en claro, es que, conforme a como se presentaron los hechos, a la gravedad del accidente automovilístico, la edad de la víctima que complicaba la situación, las maniobras y procedimientos adelantados en el servicio de urgencias del Hospital San Félix de la Dorada, así como los procedimientos adelantados por estas en las horas siguientes, conforme a la historia clínica aportada, respaldan las conclusiones a las que llegó la perito, según la cual, las razones por el tiempo transcurrido desde su recepción y la de remisión de la víctima a un hospital de mayor complejidad, estaban ajustadas a la *lex artes* que requería esa patología, efectivamente como lo hace ver la juez de primera instancia, que previamente a la remisión del paciente, era necesario que el centro hospitalario tuviera alguna certeza científica sobre el grado mínimo de estabilización de la víctima, que permitiera deducir que, su salud pudiera responder al desgaste del desplazamiento, pues de otra forma no era recomendable la remisión a otro centro hospitalario, la urgencia y necesidad que había de estabilizar al paciente accidentado, fue el imponderable que conllevó al transcurso del tiempo, pero en nada endilgable a una falla o negligencia del hospital.

Es muy dicente para la Sala, las conclusiones a las que llegó el perito galeno cuando sostuvo:

Acerca de la remisión del paciente que realizó el Hospital San Félix, expuso que ha debido tenerse en cuenta que la causa directa de los dos paros cardiorrespiratorio, "no tiene nada que ver con el hecho de no realizarse el traslado a una institución del tercer nivel", anotando que "por el contrario si se hubiese realizado más temprano, en las condiciones de inestabilidad clínica y hemodinámica en que se encontraba el paciente la probabilidad de reanimación en una ambulancia era menor dada las propias condiciones del vehículo en movimiento y la falta de disponibilidad de herramientas necesarias en un paro como el cardio desfibrilador, que como se pudo ver, el primer paro cardiorrespiratorio tuvo adecuada respuesta con la aplicación de la descarga, situación que no fue posible en el segundo evento"; agregando, que los tramites de remisión del paciente comenzaron muy temprano (23:55h del día de los hechos) lo que indica, a su juicio, el carácter oportuno a la remisión que realizó la parte demandada; y que el paciente al salir como traslado primario, pero durante ese traslado "entra en paro por lo que también fue oportuno y adecuado el inicio de maniobras de RCP y el traslado al Hospital de Fresno donde se le realizó RCP durante 20 minutos"; insistiendo luego que al paciente sí se le practicaron los exámenes y procedimiento adecuados para el tratamiento de sus traumatismos y patologías; institución de segundo nivel que contaba con los recursos y requisitos necesarios para prestar la atención necesaria frente a las complicaciones que se iban presentando, se le hicieron los diagnósticos iniciales cuyo manejo se realizó en la institución como el

hemotórax y estabilización de fracturas; y continua la perita: "las complicaciones que sufrió el señor Heriberto Arias Gómez, así como su posterior deceso sí fueron consecuencia de las lesiones sufridas de accidente de tránsito en el que se presenta coalición (sic) de alta energía cinética...", lo que fundamenta en estudios científicos; indicando también que conforme a lo descrito en la necropsia médico legal, la causa de la muerte fue el shock hipovolémico, explicado por el hemotórax masivo, secundario a un tórax inestable (fracturas de más de 2 costillas en más de dos segmentos de su longitud) y consecuencia directa del accidente de tránsito de alto impacto, mas no por la falta de traslado inmediato a un tercer nivel o por falta de servicios médicos, ya que como se ha mencionado se realizaron numerosas maniobras para mantener la mejoría clínica y hemodinámica. (folios 36 al 41 del Cuaderno copia).

Considera también el Tribunal, que el Hospital demandado obró prudentemente en el momento en que hizo la remisión del paciente a la ciudad de Manizales, y lastimosamente las complicaciones que tuvo en el trayecto, cosas imputables solo al paciente, como lo fue no solo el grave accidente sino sus condiciones de salud desencadenaron su fallecimiento.

Como se señaló anteriormente, si bien entre el dictamen rendido y la del médico legista hay contradicciones, además de lo señalado en el apartado anterior, la misma competencia demostrada en cuanto a idoneidad de las profesionales comprometidas, fuerzan a la Sala a optar por darle mayor valor al dictamen pericial, precisamente por la formación de la experta (médica internista) lo que igualmente permite cualificar la prueba con un estándar de superior convencimiento al documento, que lo dota de mayor solidez, claridad y precisión; y precisamente el dictamen cumple con la función que le corresponde, en el sentido de darle al juez herramientas para entender y aproximar la justicia al caso que se ventile.

Se insiste, según ese dictamen, los antecedentes del accidente y los valores en salud que se reportaron en la sala de urgencias, descartan la omisión en el envío oportuno del señor Arias Gómez a la ciudad de Manizales lo puede corroborar la necropsia practicada al cuerpo sin vida de éste (fls 421 y 422 del cuaderno 1 del juzgado), fueron las graves lesiones que presentó: Shock hipovolémico; hemotórax masivo; trauma cerrado de tórax, todo derivado del accidente de tránsito en calidad de conductor, e indicándose como razón de la muerte: Shock hipovolémico secundario a hemotórax masivo, secundario a trauma cerrado de tórax, secundario a accidente de tránsito.

También soporta la adecuada atención que recibió el sacerdote, lo que se desprende del informe de fls 222 a 231 del expediente 1 del juzgado, emitido por Comité Ad-hoc del Hospital San Félix de La Dorada en el que participaron la enfermera líder de Salas de Cirugía, médico cirujano general, 2 anestesiólogos y epidemióloga donde concluyen que

“No existe evidencia, de que se hayan presentado barreras en la ESE Hospital San Félix de accesibilidad, o anomalías en la oportunidad, pertinencia, continuidad y seguridad; al contrario, se dispusieron todos los recursos disponibles para brindarle adecuada atención al paciente con los recursos disponibles de la entidad”.

Todas y cada una de las afirmaciones anteriores, están soportadas en la historia clínica aportada.

Con todo lo anterior, plantear hipótesis como las defendidas por la parte demandante, sin prueba alguna que supere el dictamen pericial y las demás probanzas ahora referidas, impide fehacientemente acceder a su pretensión de revocatoria de la sentencia del juez de primera instancia, y en su lugar se confirmará la sentencia impugnada.

COSTAS

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la parte actora debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con los pronunciamientos que se allegaron a través de apoderados en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Hospital San Félix de la Dorada – Caldas y Seguros Generales Suramericana S.A., y a cargo de la actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, el cual se distribuirá en 50% para cada una de las entidades accionadas.

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: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó a las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por la señora **YENY ALEJANDRA ARIAS MARIN Y**

OTROS, contra la **E.S.E HOSPITAL SAN FELIX DE LA DORADA (CALDAS)** y como llamada en garantía la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Hospital San Félix de la Dorada – Caldas y Seguros Generales Suramericana S.A., y a cargo de la actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, el cual se distribuirá en 50% para cada una de las entidades accionadas.

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 07 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 052 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de septiembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17001-33-33-002-2019-00231-01
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LUZ ESTELLA BEDOYA VALENCIA
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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 demandada contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 30 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad de la Resolución nro. 3604-6 del 19 de junio de 2019, frente a petición presentada el 05/03/2019, en cuanto negó el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación a la actora a la edad de 55 años.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas, anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada, es decir, a partir del 1 de enero de 2018.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión de jubilación por aportes equivalente al 75% de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico, es decir, a partir del 1 de enero de 2018, por haber completado las 1.000 semanas de aportes y los 55 años de edad, sin exigir el retiro

definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

2. Que se ordene dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA.
3. Condenar a la demanda a los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante nació el 15 de agosto de 1959, por lo que en la actualidad tiene 60 años de edad.
- La actora fue vinculada como empleada pública en el Fondo Educativo Regional del 4/06/1980 al 31/12/1982, y en el departamento de Caldas del 1/01/1983 al 2/02/1992.
- La señora Bedoya Valencia fue vinculada a la docencia oficial desde el 5 de marzo de 2004 y hasta la fecha se desempeña como educadora.

➤ Al cumplir los requisitos de edad (55 años) y tiempo de servicios (20 años) solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación, la cual le fue negada mediante el acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 1 de la Ley 33 de 1985; numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

Aseguró que le debe ser reconocida una pensión de jubilación, compatible con el salario que percibe como educador, porque los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003 tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores a la expedición de esta disposición, es decir, la Ley 33 de 1985 como servidores públicos; y si se trataba de docentes con aportes al sector privado, la Ley 71 de 1988, tema que ya ha sido analizado por el Consejo de Estado.

Que la demandante se encuentra vinculada con anterioridad al 23 de junio de 2003, y a partir de ese momento se entiende que cumple con el requisito del artículo 81 de la Ley 812 de 2003, ya que la norma al utilizar la expresión “docentes vinculados” lo que quiso fue proteger las situaciones de los educadores que tuvieran tiempo de servicio anterior, como es el caso de la accionante, así no haya sido como docente, ya que la transición de la norma mencionada lo identifica como 20 años de servicios en el sector oficial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:
no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de marzo de 2023 accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar cuál era la normativa aplicable para el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta que su última vinculación al servicio de la docencia; si le asistía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme a lo previsto en la Ley 33 de 1985, esto es, con 55 años de edad y 20 años de servicios en entidades públicas. En caso afirmativo, si cumplía con los requisitos previstos

en la norma para el reconocimiento y pago de una pensión en cuantía equivalente al 75% de los salarios y primas devengados en el año anterior al estatus de pensionada, sin condicionar su goce al retiro definitivo del servicio.

Comenzó por relacionar el material probatorio y a continuación el régimen pensional de los docentes, Ley 6 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Ley 33 de 1985, Ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Ley 1151 de 2007, y la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de abril de 2019, para concluir que el caso se debía estudiar bajo la órbita de dos variantes atendiendo la fecha de entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, es decir, el 27 de junio de 2003, ya que si la vinculación como docente había sido anterior a esta fecha el régimen pensional aplicable era el de las disposiciones anteriores, y si la vinculación había sido posterior, el régimen pensional era el de prima media con prestación definida regulado por la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los factores salariales de la liquidación de la pensión prevista en la Ley 33 de 1985, con apoyo en la sentencia de unificación mencionada, sostuvo que solo pueden ser tenidos en cuenta los enlistados en el artículo 3 de la norma mencionada sobre los que se hubieran realizado aportes.

Al descender al caso concreto indicó que la demandante se vinculó como docente con anterioridad al 27 de junio de 2003, por lo que era procedente estudiar el reconocimiento de su pensión conforme lo establecido en la Ley 33 de 1985; norma frente a la cual encontró acreditada la edad y el tiempo de servicios, con la adquisición del estatus pensional el 6 de septiembre de 2016, cuando cumplió el último requisito que fue el tiempo de servicios.

Frente al IBL, de conformidad con el certificado de factores salariales, sostuvo que solo era procedente incluir en él la asignación básica y la bonificación mensual docente, ya que los demás factores salariales no aparecían enlistados en la norma del año 1985.

En relación con el retiro del servicio para el reconocimiento de la pensión precisó que no era necesario demostrar el mismo para hacer efectiva la prestación, pues la condición de docente permitía percibir dos asignaciones del tesoro público como serían específicamente el salario y la pensión ordinaria de jubilación, según el artículo 19, literal g) de la Ley 4ª de 1992, así como el artículo 5 del Decreto 224 de 1992 y el artículo 70 del Decreto 2277 de 1979.

Finalmente, instó a la demandada para que realizara todas las actuaciones administrativas pertinentes para adelantar el cobro ante las demás entidades de las cotizaciones en el porcentaje que le habría correspondido a la autoridad pertinente; y a la demandante le indicó que debía acreditar las cotizaciones que realizó en su momento, en el periodo comprendido entre julio de 1990 a febrero de 1992.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución N° 3604-6 del 19 de junio de 2019, expedida por el Secretario de Educación de Caldas, por medio de la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación presentada por la señora Luz Estella Bedoya Valencia.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la señora LUZ ESTELLA BEDOYA VALENCIA, la pensión de jubilación en el equivalente al 75% del promedio de la asignación básica, horas extras y bonificación mensual docente, devengadas durante el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, esto es, entre el 7 de septiembre de 2015 y el 6 de septiembre de 2021 (SIC) con efectos fiscales a partir del 7 de septiembre de 2016.

Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán indexarse conforme al artículo 187 del CPACA, es decir, actualizarse mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

TERCERO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del CPACA y pagará intereses moratorios a partir de su ejecutoria, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

CUARTO: INSTAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a realizar todas las actuaciones interadministrativas pertinentes y necesarias para que adelante el cobro al Departamento de Caldas, de las sumas faltantes por concepto de cotización a pensión a favor de la señora Luz Estella Bedoya Valencia, en el porcentaje que le habría correspondido a la referida autoridad como empleador de aquella, en el período comprendido entre el 1° de julio de 1990 y el 2 de febrero de 1992.

La señora Luz Estella Bedoya Valencia deberá acreditar ante la entidad demandada las cotizaciones que realizó al mencionado

sistema durante su vinculación con el Departamento de Caldas en el período comprendido entre el 1° de julio de 1190 y el 2 de febrero de 1992 y, en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

QUINTO: SIN CONDENA EN COSTAS, conforme a lo considerado.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Precisó que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por la Ley 33 de 1985, ya que su vinculación o afiliación al Fondo surge con posterioridad al 27 de junio de 2003, es decir, durante la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que el régimen pensional aplicable sería el contemplado en la Ley 100 de 1993.

Que para el caso concreto la demandante no tiene derecho al reconocimiento de una pensión de jubilación con soporte en la Ley 33 de 1985 porque su vinculación al Fondo surge con posterioridad al 27 de junio de 2003, es decir, en vigencia de la Ley 812 de 2003.

Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia de primera instancia al resaltar que el acto administrativo demandado fue proferido de conformidad con la ley, ya que no se cumplen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación con fundamento en la Ley 33 de 1985.

En relación con la condena en costas y agencias en derecho indicó que no debe condenarse ya que la entidad ha obrado de buena fe, y además no se comprueba que las mismas se hayan causado, conforme lo establecido en el artículo 365 del CGP, y del artículo 188 del CPACA.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, ninguno de los sujetos procesales presentó escrito pronunciándose sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

1. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Luz Estella Bedoya Valencia?
2. ¿Tiene derecho la señora Luz Stella bedoya Valencia a que se le reconozca una pensión de jubilación conforme la Ley 33 de 1985?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, la señora Bedoya Valencia nació el 15 de agosto de 1959.
- De conformidad con el formato nro. 1 “certificado de información laboral” expedido el 28 de agosto de 2018, la demandante reporta un tiempo de vinculación del 4/06/1980 al 31/12/1982 en el Fondo Educativo Regional “FER”, en el cual se indica que el cargo fue “docente plaza departamental”; figurando como caja a la cual se realizaron los aportes CAJANAL.
- De conformidad con el formato nro. 1 “certificado de información laboral” expedido el 4 de octubre de 2018, la demandante reporta un tiempo de vinculación del 1/1/1983 al 2/2/1992 en el departamento de Caldas, consignado el documento que el cargo fue “profesora secundaria”; figurando como caja a la cual se realizaron los aportes la Caja Nacional de Previsión Social.
- Según formato único para la expedición de historia laboral de la secretaría de Educación del departamento de Caldas que data del 28 de agosto de 2018, se indica que la demandante fue nombrada en provisionalidad en el Colegio Pio XII de Villamaría mediante acto administrativo nro. 143 del 27 de febrero de 2004, tomando posesión el 5 de marzo de 2004 hasta el 19 de julio de 2004.

Que fue trasladada al Colegio Colombia Villamaría mediante acto administrativo 443 del 23 de abril de 2004, desde el 20 de julio de 2004 hasta el 17 de julio de 2005, ya que se retiró el 18 de julio de ese mismo año.

- Según formato único para la expedición de historia laboral de la secretaría de Educación del municipio de Manizales que data del 21 de agosto de 2018, la demandante fue nombrada en el Centro Educativo Rural Juan Pablo II mediante Resolución 257 del 10 de febrero de 2009, posesionada el 13 de febrero de 2009, indicando que se retiró del servicio el 13 de diciembre de 2009, por terminación de la provisionalidad.

- El formato único para la expedición de historia laboral de la secretaría de Educación del municipio de Manizales que data del 21 de agosto de 2018, da cuenta del siguiente tiempo de servicios:

- (Ingreso) Centro Educativo Pio XII: Resolución 1968 del 30 de abril de 2010, empezando el 18 de mayo de 2010.
- (Propiedad) Centro Educativo Pio XII: Resolución 739 del 28 de febrero de 2011, empezando a laborar desde el 3 de marzo de 2011.
- (Traslado) Institución Educativa San José: Resolución 7631 del 30 de diciembre de 2011.

En este documento se consignó una “equis” en la casilla que indica que aún está “activa”.

- En formato único para la expedición de historia laboral que data del 28 de agosto de 2018, se informa el siguiente tiempo de servicios de la accionante:

- Centro Educativo Pio XII: Decreto 1968 del 30 de abril de 2010, empezando el 18 de mayo de 2010.
- Centro Educativo Pio XII: Resolución 739 del 28 de febrero de 2011, empezando el 1 de mayo de 2011.

En este documento aparece que se retiró el 17 de enero de 2012, por traslado a secretaría.

- Con derecho de petición presentado el 5 de marzo de 2019 se reclamó el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación. A través de Resolución nro. 3604-6 del 19 de junio de 2019 se negó lo peticionado.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Luz Estella Bedoya Valencia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que al reportar la demandante vinculaciones como docente con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozaría del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional.

En la sentencia de primera instancia se concluyó que la demandante quedaba inmersa en la transición de la Ley 812 de 2003 porque acreditaba vinculaciones como docente anteriores a la entrada en vigencia de esta norma; situación que permitía analizar su reconocimiento pensional a la luz de lo consagrado en la Ley 33 de 1985.

Por su parte la demandada, en el recurso de apelación, afirmó que la vinculación como docente de la actora data del año 2010, es decir, en fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que su situación pensional se rige por lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Para resolver el meollo del asunto, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relativa al IBL de acuerdo a los regímenes existentes para los educadores; y en esa misma medida desarrolló los parámetros a tener en cuenta para los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con esta providencia, para determinar cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003¹ que reguló dos eventos:

i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Además, en la mencionada sentencia se indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados², y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985³”*.

Por su parte, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el párrafo transitorio 1º lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, 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*

² Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

³ Cita de cita: *“Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”*.

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

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

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

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

En el presente asunto la demandante reporta un nombramiento como docente en provisionalidad en el año 2004. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993 y no las normas anteriores a esta (Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988).

Pero al retomar lo probado en el proceso, se advierte que según certificado de información laboral #1 la actora estuvo vinculada entre el 4 de junio de 1980 al 31 de diciembre de 1982 como docente plaza departamental en el Fondo Educativo Regional; y del 1º de enero de 1983 al 2 de febrero de 1992 como profesora de secundaria en el departamento de Caldas.

Frente a esas vinculaciones anteriores a la expedición de la Ley 812 de 2003, el Consejo de estado ha sido claro en sostener que las mismas deben ser como docentes, tal como quedó expuesto en sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A del 3 de noviembre de 2022 emitida dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2019-00482-01 (3412-2021) en la cual se explicó:

Así pues, en atención a lo dispuesto taxativamente en la Ley 812 de 2003 y la interpretación dada en la sentencia de unificación tantas veces mencionada, la condición de docente estatal debe estar acreditada antes de la entrada en vigor de la norma ibidem, «pues en atención a la data a partir de la cual se asuma dicha calidad se podrá realizar el análisis pensional adecuado con motivo de la excepcionalidad que se predica de esta clase de servidores públicos».⁴

En ese orden, quedó demostrado dentro del proceso que la vinculación del actor ocurrida entre el 6 de julio de 1989 y el 3 de enero de 2000 no fue como docente oficial, sino como servidor público vinculado a la Gobernación de Santander, razón por la cual no le es aplicable la Ley 91 de 1989, ni tampoco la Ley 33 de 1985. Así pues, comoquiera que el régimen prestacional del que pretende beneficiarse el actor está dirigido a los docentes, no podría acudirse a una vinculación con carácter diferente para tratar de acreditar los requisitos del referido régimen, pues «esta distinción obedece a sus servicios como educador» únicamente.⁵

Dicho de otra forma, la Sala observa que el demandante ingresó a laborar en la Gobernación de Santander el 6 de julio de 1989 para desempeñar el empleo de recaudador de rentas III, luego esa vinculación no le sirve para acreditar el requisito señalado en la Ley 812 de 2003 y en la regla jurisprudencial establecida en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, pues no fungió como docente, ya que ingresó por primera vez al sistema especial de la docencia estatal hasta julio de 2005.

Así las cosas, las afirmaciones realizadas en el recurso de apelación carecen de sustento, pues de lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 no podría deducirse válidamente que se exigiera solo la vinculación al servicio público, en cualquier entidad o cargo, con anterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma para beneficiarse del régimen prestacional de los docentes establecido en la Ley 91 de 1989, pues la norma es clara al requerir la «vinculación efectiva como docente oficial».

No obstante, comoquiera que la Ley 100 de 1993 «no despojó a los docentes de la posibilidad de acudir a otros regímenes anteriores» siempre que le resultaran más favorables⁶ corresponde analizar si, en gracia de discusión, el accionante logró acreditar los requisitos que le permiten beneficiarse de la transición de que trata el artículo 36 ibidem.

Para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a nivel territorial, esto es, el 30 de junio de 1995, el demandante llevaba 5 años, 11 meses y 24 días de servicios, y tenía 37 años de edad, motivo por el cual, no es beneficiario del régimen de transición

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de febrero de 2022, radicado 63001 23 33 000 2018 00183 01 (4650-2019), M.P. William Hernández Gómez.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de agosto de 2019, radicado 76001 23 31 000 2011 01517 01 (4192-2017), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 9 de septiembre de 2021, 63001 23 33 000 2018 00229 01(5290-19), M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

previsto en el artículo 36 de la norma ibidem. En tal sentido, tampoco le asistiría razón a su pretensión de reconocimiento del derecho pensional con aplicación del régimen anterior contenido en la Ley 33 de 1985, pues esta norma solo sería aplicable para quienes se encontraban cobijados por la transición, requisito que no cumple.

De suerte que el señor Belarmino Monsalve Suárez en calidad de docente oficial, no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con base en lo dispuesto en las Leyes 33 de 1985 y 91 de 1989, por lo que se impone confirmar la decisión de primera instancia.

Así las cosas, como se acreditó que la demandante tenía vinculaciones como docente antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, quedaría amparada por el régimen de transición de esta norma que le daría derecho a gozar del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación establecido para los servidores públicos del orden nacional, Ley 33 de 1985, por lo que se comparte la conclusión que en este sentido expuso el *a quo* en el fallo de primera instancia.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho la señora Luz Estella Bedoya Valencia a que se le reconozca una pensión de jubilación conforme la Ley 33 de 1985?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la demandante cumple los requisitos para que le sea reconocida pensión con fundamento en la Ley 33 de 1985, la cual estaría calculada con un ingreso base de liquidación conformado por los factores salariales percibidos en el año de adquisición del estatus, enlistados en la Ley 62 de 1985.

Conforme lo resuelto en el anterior problema jurídico, a la accionante le asiste razón cuando indica que con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tuvo vinculaciones como docente; periodos de tiempo que le sirven no solo para acreditar su calidad de educadora, sino que son computables para efectos pensionales.

Frente a la pensión de jubilación la Ley 33 de 1985, por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público, estableció en su artículo 1°:

ARTÍCULO 1.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de

jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.
(...)

En cuanto a los requisitos pensionales, está demostrado que la demandante nació el 15 de agosto de 1959, lo que significa que cumplió los 55 años de edad exigidos por la norma el 15 de agosto de 2014.

Frente a los tiempos de servicios, se realizó un cuadro en la sentencia de primera instancia en el cual se consignó que esta había laborado de la siguiente manera:

ENTIDAD EMPLEADORA	FECHAS LÍMITES		CÓMPUTO TIEMPO DE SERVICIOS		
	Desde	Hasta	AÑOS	MESES	DÍAS
Fondo Educativo Regional "FER" de Caldas	04/06/1980	31/12/1982	2	6	27
Departamento de Caldas	01/01/1983	02/02/1992	9	1	1
Departamento de Caldas	05/03/204	17/07/2005	1	4	12
Secretaría de educación de Manizales	13/02/2009	13/12/2009	0	10	0
Secretaría de Educación de Caldas	18/05/2010	17/01/2012	1	7	29
Secretaría de educación de Manizales	15/03/2012	21/08/2018	6	5	6
Tiempo acumulado			21 años, 11 meses, 15 días		

Este tiempo de servicios le permitió inferir al juez que la adquisición del estatus de pensionada lo había alcanzado el 6 de septiembre de 2016, cuando cumplió los 20 años de servicios, pues la edad la alcanzó el 15 de agosto de 2014.

Se comparte la data en que la actora acreditó el requisito de edad; pero en relación con el tiempo de servicios se considera que hubo una imprecisión en el computo por parte del *A quo*, ya que cuando la actora fue nombrada en el año 2010 continuó laborando de manera ininterrumpida, ya que esa "desvinculación" que tiene fecha del 17 de enero de 2012 se trató de un traslado, es decir, no hubo desvinculación del servicio; lo cual se ratifica con el certificado de factores salariales en el cual se da cuenta de lo devengado entre el 2011 y el 2018 de forma ininterrumpida.

Sin embargo, como en este caso la sentencia solo fue apelada por la parte demandada, esta Sala mantendrá la fecha de adquisición del estatus pensional que fue establecida por el juez de primera instancia, esto es, el 6 de septiembre de 2016. Pero se deberá aclarar el ordinal segundo porque se evidencia un error en las fechas que quedaron allí consignadas en relación con el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, al haber indicado que era entre el 7 de septiembre de 2015 y el "6 DE SEPTIEMBRE DE 2021", con efectos

fiscales a partir del 7 de septiembre de 2016, cuando en realidad el año de estatus va del 7 de septiembre de 2015 al 6 de septiembre de 2016, no al 6 de septiembre de 2021.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, específicamente en cuanto a los factores salariales, se acude a la regla establecida en la sentencia de unificación mencionada del 25 de abril de 2019 en la cual se determinó: *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

Según el certificado de factores salariales, la actora devengó en este año de adquisición del estatus además de la asignación básica, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicio y prima de vacaciones.

Se debe aclarar que la prima de vacaciones y la prima de vacaciones no hacen parte de la base de liquidación de la pensión, en tanto no están enlistadas en la Ley 62 de 1985 y no se probó haber efectuado aportes sobre ellas. Como tampoco debe incluirse la prima de servicios, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Sobre la bonificación mensual, la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2019 estableció que a pesar de que la bonificación de que trata el artículo 1º del Decreto 1566 de 2014 no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de la Ley 62 de 1985 porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014 consagra:

ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31)

diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Dicho decreto a su vez fue derogado por los Decretos 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, 322 de 2018, 1022 de 2019, 298 de 27 de febrero de 2020⁷ y Decreto 965 de 2021 en los cuales se ha previsto aquella bonificación mensual en las vigencias de 2015 a 2021 y en todos, como en el primero de la anunciada normativa, se dispone el carácter salarial de la bonificación para todos los efectos, y ordena que sobre aquella se hagan los aportes de orden legal.

Ello denota que es permitida la inclusión de la bonificación mensual en el IBL de la pensión, toda vez que su creación legal fue posterior a la Ley 62 de 1985, y porque se trata de un emolumento sobre el cual, conforme a la norma que la creó, se debieron realizar aportes, tal y como lo establece el ya mencionado Decreto 1566 de 2014.

Por lo anterior, también se comparte el IBL establecido en la sentencia de primera instancia el cual estaría conformado por la asignación básica y la bonificación mensual docente percibidas en el año anterior a la adquisición del estatus de pensionada.

Pese a lo expuesto, se advierte otra imprecisión en el ordinal segundo del fallo de primera instancia, ya que aunque en la parte motiva se concluyó que solo era procedente incluir en el IBL la asignación básica y la bonificación mensual, en la parte resolutive se plasmó que los factores salariales que debían tenerse en cuenta eran la asignación básica, la bonificación mensual y las horas extras, cuando este último ni siquiera fue devengado por la demandante en el año anterior a la adquisición del estatus.

Así las cosas, se aclarará la sentencia de primera instancia en el sentido que los factores a incluir en el ingreso base de liquidación únicamente son la asignación básica y la bonificación mensual.

⁷ Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones y otras fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.

En cuanto a la prescripción, de conformidad con el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, teniendo en cuenta la fecha de consolidación del derecho, 6 de septiembre de 2016; que la reclamación ante la entidad se presentó el 5 de marzo de 2019; y que la demanda se radicó el 26 de agosto de 2019; no transcurrieron 3 años entre estas actuaciones, lo que denota que no se configuró dicho fenómeno.

Conclusiones

La señora demandante en su calidad de docente oficial afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por haber tenido vinculación como docente antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, efectiva a partir del 7 de septiembre de 2016, liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica y la bonificación mensual devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus, 7 de septiembre de 2015 al 6 de septiembre de 2016; en estos dos últimos aspectos se aclarará el ordinal segundo de la providencia de primera instancia, de acuerdo a lo ya analizado.

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 hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

Por lo discurrido, **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: ACLARAR EL INCISO PRIMERO DEL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 30 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ ESTELLA BEDOYA VALENCIA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el cual quedará así:

A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer y pagar a favor de la señora **LUZ ESTELLA BEDOYA VALENCIA**, la pensión de jubilación en el equivalente al 75% del promedio de la asignación básica y bonificación mensual docente, devengadas durante el año anterior al cumplimiento del estatus pensional, esto es, entre el 7 de septiembre de 2015 y el 6 de septiembre de 2016, con efectos fiscales a partir del 7 de septiembre de 2016.

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia del 30 de marzo de 2023.

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

CUARTO: 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 07 de septiembre de 2023 conforme acta nro. 052 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de septiembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17-001-33-33-003-2013-00153-02
CLASE	DEMANDA EJECUTIVA
ACCIONANTES	CENAIDA AGUDELO MUÑOZ Y ANA LUCILA SÁNCHEZ DE VALENCIA
ACCIONADO	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL – CASUR

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra el auto proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 5 de diciembre de 2022, mediante el cual rechazó librar mandamiento de pago por caducidad de la acción ejecutiva.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, las señoras **CENAIDA AGUDELO MUÑOZ** y **ANA LUCIA SANCHEZ DE VALENCIA** interpusieron demanda ejecutiva contra **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL – CASUR**, mediante la cual pretenden que se libere mandamiento ejecutivo de pago contra la demandada, toda vez que, la accionada se ha negado al reconocimiento del derecho concedido en fallo contencioso ejecutoriado.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante auto del 5 de diciembre de 2022 rechazó la solicitud de librar mandamiento de pago, esgrimiendo que la sentencia judicial no es exigible, ya que sobre ella operó el fenómeno de la caducidad.

Observa que la condena que se pretende ejecutar en el presente asunto, fue proferida el 28 de octubre de 2015 y que, al no ser objeto de recursos, la misma cobró ejecutoria el 13 de noviembre de ese año, razón por la cual, la misma era ejecutable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, transcurridos 10 meses desde su ejecutoria, ello en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA, es decir, la condena era

ejecutable desde el 13 de septiembre de 2016 y hasta el 13 de septiembre de 2021, habida cuenta lo anterior, al haber sido presentada la demanda ejecutiva el 12 de octubre de 2022, respecto de la misma operó el fenómeno de la caducidad, por lo que la condena impuesta por el despacho no resulta exigible.

APELACIÓN

El apoderado de las demandantes presentó recurso de reposición en subsidio con el de apelación dentro de la oportunidad, alegando que, a sus prohijadas no se les puede aplicar las figuras jurídicas de prescripción y de caducidad, toda vez que, en el caso de la señora Agudelo Muñoz, conoció la sentencia proferida por Juzgado en mención en el mes de marzo de 2020 al consultar la plataforma Siglo XXI, posterior a esto, procedió a enviar cuenta de cobro a CASUR, quienes evadieron la respuesta.

En el caso de la señora Sánchez de Valencia, conoció la sentencia proferida por el Juzgado en mención en el mes de diciembre de 2021 cuando la señora Agudelo Muñoz le comunicó dicha situación y procedió igualmente a enviar cuenta de cobro a CASUR.

Advierte el apoderado que la señora Sánchez de Valencia cuenta con 87 años de edad, y no tiene acceso al internet. Que sus prohijadas no conocían la sentencia, por lo tanto, solo se les puede hacer exigible la inobservancia de su actuar a partir del conocimiento de la sentencia, ya que imponer la sanción de la caducidad contraría todo el ordenamiento jurídico al exigirse una carga procesal a alguien que desconocía la sentencia judicial. Argumenta que, en el caso en mención, el término para contar la prescripción y la caducidad no surge desde la fecha en que la sentencia queda ejecutada o desde que era ejecutable, sino desde el momento en el cual conocieron el proceso y la sentencia proferida, continua explicando que, exigir tal tiempo a las demandantes cuando se carecía del conocimiento del proceso, es coartar el acceso a la administración de justicia y exigir una obligación judicial anterior o previa a la comparecencia del proceso, ya que si bien es cierto, se castiga la falta de diligencia en el ejercicio oportuno del derecho de acción para su titular la pérdida de la oportunidad de reclamar, por las vías judiciales, los derechos que se consideren vulnerados, también lo es que la tal obligación recae sobre el titular principal del derecho, que al fallecer el señor José Heli Valencia Londoño son los sucesores procesales los llamados a representarlo en todo y como hace poco se conoció del proceso, es necesario que la sanción de la caducidad a partir del conocimiento de proceso aludido y no desde que era ejecutable. Finaliza solicitando que, se libere mandamiento de pago a favor de las demandantes.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico a decidir se circunscribe a determinar:

¿Fue presentada la demanda ejecutiva dentro del término establecido por el artículo 164 del CPACA?

El artículo 192 de la ley 1437 del 2011 estipula que:

“ARTICULO 192. Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas.
[...]
Las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Para tal efecto, el beneficiario deberá presentar la solicitud de pago correspondiente a la entidad obligada.
”

De igual forma el literal K) del numeral 2) del artículo 164 de la ley 1437 del 2011 dispone que:

“ARTICULO 164. Oportunidad para presentar la demanda.
La demanda deberá ser presentada:

(...)

2) En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

K) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida.”

Respecto a la caducidad en el proceso ejecutivo, el Consejo de Estado¹ se ha pronunciado en los siguientes términos:

“De manera genérica la caducidad es un fenómeno jurídico cuyo término previsto por la ley se convierte en presupuesto procesal y/o

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Subsección A; Consejero ponente: William Hernández Gómez; Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016); Radicación número: 3637-2014

instrumento a través del cual se limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación “[...] busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso [...]” . Tratándose del término de caducidad en el proceso ejecutivo, el ordenamiento jurídico colombiano estableció que cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el término para solicitar su ejecución es de cinco años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida”

[...]

“En conclusión, la oportunidad para formular la demanda cuando se pretende la ejecución de una sentencia judicial proferida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo es de 5 años contados a partir de la exigibilidad de la obligación contenida en la providencia judicial de condena, en los siguientes términos:

b) 10 meses siguientes a la misma ejecutoria, si se trata de sentencia dictada en procesos regidos por el CPACA o Ley 1437 de 2011, en la cual se condene al pago de sumas dinerarias. “

Considera la Sala que, si bien, la parte actora tenía todo el derecho de impetrar demanda ejecutiva para hacer valer sus derechos, esta lo hizo de manera extemporánea, teniendo en cuenta lo mencionado por el *a quo*, la sentencia fue debidamente ejecutoriada el día 13 de noviembre de 2015, tal como lo demuestra la constancia secretarial que reposa en los anexos de la demanda, en este orden, se tiene en cuenta que, a partir del 13 de septiembre de 2016, la parte actora podía interponer demanda ejecutiva para que se librara mandamiento de pago frente a la demandada, momento desde el cual de igual forma empezó a correr el término de la caducidad, el cual cobró efecto el 13 de septiembre de 2021.

No puede pretender el actor, transpolar lo que la jurisprudencia ha entendido frente a la demanda de reparación directa, esto es, que el término de caducidad se cuenta desde el momento en que conoció o debió conocer el daño, pues en las demandas ejecutivas partimos de conceptos diferentes, que el título sea claro, expreso y exigible, y la exigibilidad corre independientemente que de ella se aperciban las partes del proceso, pues atiende a fenómenos como firmeza de la sentencia y, el transcurso de 10 meses a partir de ella que tiene plazo la entidad para hacer el pago, y que de no hacerlo opera *ipso jure* la exigibilidad y de contera inicia el término para que pueda ser ejecutada.

Recuérdese también a la parte actora, que conforme lo ha señalado la Corte Constitucional, que ningún derecho es absoluto, ni el acceso a la justicia, pues el legislador tiene amplias facultades para limitar el tiempo para que los ciudadanos ejerzan sus derechos, y en este caso el literal K), numeral 2 del artículo 164 del CPACA, es perentorio en señalar un término de 5 años contados a partir de su exigibilidad.

Por otro lado, tampoco la presentación de la cuenta de cobro a la entidad puede tener la virtud de interrumpir o revivir términos judiciales, tan solo sirve para interrumpir la no causación de intereses sobre el capital adeudado, quizás el único factor que interrumpa la caducidad de la demanda ejecutiva es que se hubiese llegado a una conciliación, aspecto que no se presenta en el caso presente.

En mérito de lo expuesto la Sala Primera del Tribunal Administrativo Resuelve:

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR, el auto del 5 de diciembre de 2022 proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante el cual rechazó la solicitud librar mandamiento de pago ejecutivo medida, dentro de la demanda ejecutiva que interpone **Cenaida Agudelo Muñoz y Ana Lucila Sánchez De Valencia** a través de su apoderado en contra de **Caja De Sueldos De Retiro De La Policía Nacional – CASUR**.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE por estado electrónico conforme al artículo 201 del C.P.A.C.A.

TERCERO: UNA VEZ EJECUTORIADA la presente, háganse las anotaciones en el sistema siglo XXI y devuélvase al Despacho de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de
septiembre de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 277

Asunto: Resuelve apelación contra auto – Revoca
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-005-2023-00133-02
Demandante: Néstor Jaime López Cardona
Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 047 del 08 de septiembre de 2023

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el literal g) del numeral 2 del artículo 125 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, en concordancia con el numeral 1 del artículo 243 *ibidem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del seis (6) de julio de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual rechazó la demanda por caducidad.

ANTECEDENTES

El 6 de febrero de 2023², en ejercicio del medio de control de la referencia, el señor Néstor Jaime López Cardona presentó demanda³ contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)⁴, con el fin de obtener lo siguiente:

PRIMERA: DECLARAR la nulidad de la parte resolutoria del ACTO ADMINISTRATIVO - ACTA No. 179 COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴ En adelante, UGPP.

DEFENSA JUDICIAL-PAR Caso No. 114, para la conciliación del proceso judicial No. 17001333300420190012302 que cursó en el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS - SALA TERCERA DE DECISIÓN, promovido por el aportante NESTOR (sic) JAIME LOPEZ (sic) CARDONA con C.C. 10.227.139, proceso mediante el cual se pretendió la nulidad de la RESOLUCIÓN No. RDC-2018-01348 del 23/10/2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la LIQUIDACIÓN OFICIAL No. RDO-2017-03842 del 24/11/2017, emanada de la entidad UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, dependencia adscrita a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA, creada por medio de la ley 1151 de 2007.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, ORDENAR dejar sin efectos jurídicos el mencionado ACTO ADMINISTRATIVO - ACTA No. 179 COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL-PAR Caso No. 114, para la conciliación del proceso judicial No. 17001333300420190012302 que cursó en el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS - SALA TERCERA DE DECISIÓN, promovido por el aportante NESTOR (sic) JAIME LOPEZ (sic) CARDONA con C.C. 10.227.139, proceso mediante el cual se pretendió la nulidad de la RESOLUCIÓN No. RDC-2018-01348 del 23/10/2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la LIQUIDACIÓN OFICIAL No. RDO-2017-03842 del 24/11/2017, acto administrativo particular por adolecer de irregularidades constitutivas de las siguientes causales de nulidad establecidas por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011:

- a) Por haberse proferido con infracción de las normas en que debía emitirse;*
- b) Por carecer la entidad demandada de competencia para su emisión;*
- c) Por carecer de motivación en general y la expuesta ser falsa y falaz;*
- d) Por haber actuado la entidad demanda (sic) con evidente desviación de las atribuciones que le fueron asignadas.*
- e) Por haber actuado la entidad demanda con evidente desviación de las atribuciones que le fueron asignadas.*

TERCERA: Que de conformidad con la declaración anterior se ordene a la demandada restablecer el derecho que le corresponde a mi mandante, anulando el cobro de las respectivas obligaciones que constituyen una carga parafiscal adicional impuesta en el acto administrativo impugnado. Igualmente, que en consecuencia se archive el expediente del procedimiento de fiscalización adelantado en su contra.

Inicialmente, el conocimiento del asunto correspondió por reparto al Magistrado Ponente de esta providencia⁵, a cuyo Despacho fue allegado el 7 de febrero de 2023⁶.

Con auto del 6 de julio de 2023⁷, el Despacho Sustanciador declaró la falta de competencia para conocer de la demanda por razón de la cuantía.

El 27 de abril de 2023⁸ se efectuó nuevo reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales, correspondiendo el conocimiento del proceso al Juzgado Quinto.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Con auto del 6 de julio de 2023⁹, el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales rechazó la demanda interpuesta, por advertir que la misma se había presentado por fuera del término de caducidad previsto por el CPACA.

En efecto, indicó que como el acto administrativo demandado, contenido en el Acta n° 179 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial – PAR Caso n° 114, fue notificado por correo electrónico el 9 de mayo de 2022, la parte actora tenía hasta el 10 de septiembre de 2022 para promover el medio de control, y sólo lo hizo hasta el 6 de febrero de 2023, superando los cuatro meses de que trata el literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, la parte demandante interpuso recurso de apelación¹⁰, alegando que el 19 de mayo de 2023 (sic) se interpuso recurso de reposición contra el Acta n° 179 del Comité de Conciliación y Defensa Judicial – PAR Caso n° 114, el cual fue resuelto mediante Resolución n° PAR 2126 del 21 de noviembre de 2022, notificada por correo electrónico el 23 de noviembre de 2022.

Adujo entonces que para el 13 de septiembre de 2022 (sic), fecha en la que se radicó la demanda ante este Tribunal, la parte actora se encontraba en término para promover el medio de control, pues aún la UGPP no había resuelto el recurso de reposición.

⁵ Archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Archivo n° 10 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivo n° 11 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 13 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 15 del cuaderno 1 del expediente digital.

Manifestó que para cuando el recurso de reposición se resolvió (21 de noviembre de 2022), el Tribunal no había decidido sobre la admisión o no del medio de control, y no había declarado la falta de competencia funcional.

Consideró que la demora de la entidad en resolver el recurso de reposición no debe dar lugar a cercenar el derecho que tiene la parte actora para acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y que la tardanza del Tribunal para enviar el expediente a radicación y reparto a los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales, tampoco es fundamento para alegar el fenómeno de la caducidad.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer de la alzada, el expediente fue repartido el 27 de julio de 2023 al Despacho del Magistrado Dohor Edwin Varón Vivas¹¹, el cual, a través de auto del 1º de agosto de 2023¹², ordenó devolver el expediente a la Oficina Judicial de esta ciudad para que realizara nuevo reparto al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia, por conocimiento previo.

El nuevo reparto del asunto se realizó el 30 de agosto de 2023¹³, y el expediente fue allegado el 5 de septiembre del mismo año al Despacho del suscrito Magistrado Ponente¹⁴.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 243 del CPACA, el auto que rechaza la demanda es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 6 de julio de 2023.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Problema jurídico

¹¹ Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 003 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 004 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 005 del cuaderno 2 del expediente digital.

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar lo siguiente:

¿Se configuró en el caso concreto el fenómeno de la caducidad?

Examen del caso concreto

Como lo ha expuesto el Consejo de Estado¹⁵, *“El fenómeno de la caducidad es un presupuesto procesal de carácter negativo que opera en algunas acciones contenciosas por el transcurso de un término establecido expresamente en la ley, término que una vez cumplido restringe la posibilidad de acceder a la administración de justicia a través del ejercicio de la acción sobre la cual operó el fenómeno de caducidad. De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el propósito esencial de la caducidad es evitar que las diversas situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones jurídicas consolidadas”*.

El literal d) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, establece que cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, *“(…) la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales”*, so pena de que opere el fenómeno de la caducidad.

Revisada la demanda presentada por el señor Néstor Jaime López Cardona contra la UGPP, se observa que con la misma se pretende la nulidad *“(…) de la parte resolutive del ACTO ADMINISTRATIVO - ACTA No. 179 COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y DEFENSA JUDICIAL-PAR Caso No. 114, para la conciliación del proceso judicial No. 17001333300420190012302 que cursó en el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS - SALA TERCERA DE DECISIÓN, promovido por el aportante NESTOR (sic) JAIME LOPEZ (sic) CARDONA con C.C. 10.227.139, proceso mediante el cual se pretendió la nulidad de la RESOLUCIÓN No. RDC-2018-01348 del 23/10/2018 por medio de la cual se resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la LIQUIDACIÓN OFICIAL No. RDO-2017-03842 del 24/11/2017, emanada de la entidad UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, dependencia adscrita a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA, creada por medio de la ley 1151 de 2007”*.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Pazos Guerrero. Auto del 14 de noviembre de 2019. Radicación número: 81001-23-39-000-2017-00116-01(62809).

El citado acto fue notificado a la parte actora el 9 de mayo de 2022¹⁶, y consta en el contenido del mismo que contra aquel procedía recurso de reposición¹⁷.

En ningún aparte de la demanda el accionante indicó haber presentado recurso de reposición contra el acta que no aprobó la conciliación del proceso adelantado en este Tribunal; y sobre tal circunstancia tampoco aportó prueba con el libelo.

Sólo con el recurso de apelación, la parte actora expuso que el 19 de mayo de 2023 (sic) interpuso recurso de reposición contra el Acta n° 179 Comité de Conciliación y Defensa Judicial – PAR Caso n° 114, el cual fue resuelto mediante Resolución n° PAR 2126 del 21 de noviembre de 2022, notificada por correo electrónico el 23 de noviembre de 2022. De lo anterior, allegó la respectiva prueba¹⁸.

De conformidad con el artículo 163 del CPACA, si el acto administrativo respecto del cual se pretende la nulidad fue objeto de recursos ante la administración, deben entenderse igualmente demandados los actos que los resolvieron.

En este entendimiento y dado que la parte actora interpuso recurso de reposición contra el Acta n° 179 Comité de Conciliación y Defensa Judicial – PAR Caso n° 114, debe tenerse también por demandada la Resolución n° PAR 2126 del 21 de noviembre de 2022 que resolvió dicho recurso y con la cual se finalizó la actuación administrativa.

El contenido de la Resolución n° PAR 2126 del 21 de noviembre de 2022 se notificó por correo electrónico a la parte actora el 23 de noviembre de 2022¹⁹.

De manera que para el ejercicio oportuno del presente medio de control, el interesado tenía un plazo de cuatro meses contado a partir del día siguiente a la notificación del acto que definió la actuación administrativa, esto es, desde el **24 de noviembre de 2022** hasta el **24 de marzo de 2023**.

Como se indicó en el acápite de antecedentes, la demanda fue presentada el **6 de febrero de 2023**²⁰.

¹⁶ Páginas 1 y 2 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷ Página 8 del archivo n° 05 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Páginas 5 a 14 del archivo n° 15 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Páginas 13 y 14 del archivo n° 15 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

Teniendo en cuenta la fecha en la que venció el plazo para promover este medio de control, la Sala observa que para cuando se instauró la demanda, el fenómeno de la caducidad no había operado.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, esto es, al encontrarse acreditado que el fenómeno de la caducidad no se configuró en este caso concreto, la Sala no comparte la decisión de rechazo adoptada por el Juez de primera instancia y, en ese sentido, revocará la providencia recurrida para en su lugar disponer que se estudie la procedibilidad de admitir la demanda, previa la constatación de los demás requisitos para ello.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. REVÓCASE el auto del seis (6) de julio de dos mil veintitrés (2023), con el cual el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales rechazó por caducidad la demanda promovida por el señor Néstor Jaime López Cardona contra la UGPP.

En consecuencia,

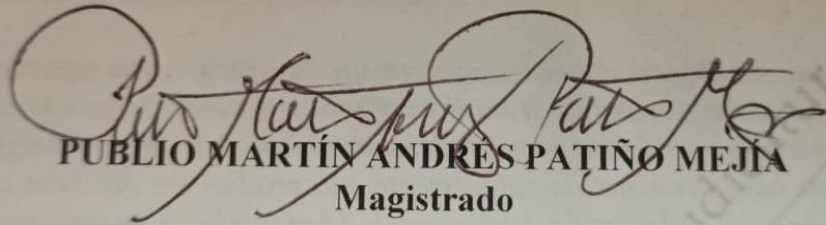
Segundo. ORDÉNASE al Juzgado de primera instancia decidir sobre la procedibilidad de admitir la demanda, previa constatación de los demás requisitos para ello.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 158

FECHA: 11/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, siete (07) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO NO.	17001-33-39-008-2019-00043-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	SOCIEDAD EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO S.A. E.S.P.
ACCIONADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES

Procede el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, el 03 de diciembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

La parte demandante solicita se despachen favorablemente las siguientes pretensiones:

- 1.- Declarar la nulidad de la Liquidación Oficial de revisión No. 102412018000030 del 8 de noviembre de 2018, proferida por la Dirección Seccional de Impuestos de Manizales.
- 2.- A título de restablecimiento del derecho, solicitó declarar en firme la declaración privada de IVA correspondiente al sexto bimestre del 2016 radicada con número 91000498289299 del 27 de junio de 2018.

HECHOS

La demanda se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

- 1.- El contribuyente presentó la declaración de IVA del sexto bimestre de 2016 el 19 de enero del 2017, con un saldo a pagar de \$ 16.227.000. oo
- 2.- El 22 de julio de 2017 la DIAN Seccional Manizales recibió denuncia de terceros en la cual se informó que, la sociedad EMAS presta el servicio de baños portátiles sin cobrar el IVA.

3.- La DIAN inició investigación a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones del IVA año gravable 2016 a la EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO – EMAS.

4.- La DIAN profirió Requerimiento Especial del impuesto sobre las ventas No. 102382018000009 del 18 de mayo del 2018 a la empresa accionante. En respuesta la actora presentó la declaración de corrección correspondiente al sexto bimestre del 2016 con un mayor saldo a pagar en cuantía de \$16.329.000, y una sanción de corrección de \$ 4.082.000.

5.- El 08 de noviembre de 2018 la DIAN emitió Liquidación Oficial de Revisión 10241201800030 determinando un mayor impuesto a pagar en cuantía de \$ 18.863.000 y una sanción de inexactitud de \$ 18.863.000.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

El apoderado manifestó que con la liquidación oficial de revisión se vulneran los artículos 365 y 367 constitucionales, así como también el numeral 4 del artículo 476 del E.T., los artículos 10,22, 25 y 26 de la ley 142 de 1994.

Manifestó que, en la liquidación oficial de revisión demandada, la DIAN considera que, el servicio de recoger excretas de las personas que se aglomeran en un lugar autorizado para un espectáculo público donde no hay servicio de alcantarillado y tampoco inodoros es un servicio que se debe gravar con el IVA, con lo cual lo viola el numeral 4 del artículo 476 del E.T., mientras que la sentencia del 8 de marzo de 2018 proferida por el Consejo de Estado, deja establecido que el servicio prestado por EMAS S.A. E.S.P. en el año 2016 corresponde a servicio público de aseo, excluido del IVA.

Señaló que la interpretación de la DIAN contradice los postulados constitucionales, pues los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por el estado o por particulares con el fin de que sean garantizados y prestados en forma eficiente y continua. Por lo cual, tal exigencia de la DIAN contradice la Constitución y el ordenamiento jurídico. También advierte que no es necesario un contrato con el municipio cuando el servicio público de aseo se presta por un particular tal como lo interpreta la DIAN.

De otra parte, advirtió que, la DIAN considera que la colecta de las excretas humanas, transportarlas y hacer su disposición final en sitios adecuados ambientalmente y permitido para tal fin a través de unidades sanitarias portátiles está gravado con el IVA a tarifa general porque no satisface necesidades básicas y generales de la comunidad, pues considera que a través de la actividad de EMAS se satisface la necesidad de un grupo particular de

personas pero no llega a ser de interés general ni tiene el objetivo de realizar un saneamiento básico.

Sobre el particular, señaló que la DIAN parte del supuesto equivocado de que la actividad prestada por EMAS no satisface necesidades colectivas, porque opera a través de un contrato oneroso con una persona privada o pública y para una zona particular, desconociendo que esa actividad tiene una finalidad de saneamiento básico, porque el beneficiario del servicio no es la persona que contrata a EMAS sino un grupo de personas que requieren del uso de los baños en condiciones de higiene y dignidad. Dicho grupo es indeterminado, por lo que el servicio está dirigido a un público o colectivo de personas, y sobre todo a los habitantes del sector que se verían perjudicados en caso de dejar esparcidos las excretas en lugar donde se realizó el evento. De esta manera, la DIAN desconoce que se trata de una actividad dirigida al saneamiento básico.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DIAN: en su contestación manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la parte actora.

Como argumentos de defensa esgrimió que la entidad gravó el servicio público de aseo con IVA del 16% a todos los ingresos excluidos porque consideró que, el servicio de recoger excretas de persona que se aglomeren en un lugar autorizado para un espectáculo público donde no hay servicio de alcantarillado y tampoco de inodoros debe ser gravado con la tarifa general.

Los ingresos producto de la prestación del servicio de aseo en las actividades de recolección, tránsito y disposición final de residuos generados en baños portátiles USP discapacitado y operario para aseo no se encuentran excluido del IVA conforme el numeral 4 del artículo 476 del E.T. a su turno el artículo 420 del E.T. estableció los hechos sobre los cuales recae el IVA, y en el literal c) señaló que se gravaba toda la prestación de servicios, con excepción de los expresamente excluidos. Por otro lado, el DUR 1625 del 2016 en el artículo 1.3.1.2.1 definió la prestación de servicio para efectos del IVA, mientras el artículo 476, específico que se exceptúa del IVA el servicio público de aseo, encontrando en el artículo 14 de la ley 142 de 1994 que entre los servicios públicos domiciliarios se encuentra el de aseo y el artículo 24 lo definió, resaltando el artículo 15 que las empresas de servicios públicos pueden prestar este servicio.

De otro lado señaló que, el servicio público domiciliario de aseo no solo comprende la recolección en el municipio de residuos sólidos sino además las actividades que lo complementen como transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final. Ahora bien, para que opere la exclusión del IVA debe tratarse de aseo público y recolección de basuras, por lo cual todo servicio que no cumpla con ese requisito no corresponde a aquellos que abarca el beneficio fiscal; ya que para estar excluido debe acatar la naturaleza del servicio y debe ser esencial y propio para el beneficio de la comunidad y de interés general y colectivo.

Respecto del servicio prestado por la entidad accionante indicó que, no encaja en la noción de interés general que beneficie a todos y no solo a unos pocos, pues dicho servicio está sujeto a lo pactado de forma individual o particular entre el prestador y el adquirente del servicio, donde el prestador del servicio tiene la opción de no prestar el servicio cuando la propuesta del adquirente no satisfaga las pretensiones contractuales.

De otro lado, indicó que, de la actuación administrativa se denota que se está ante la prestación de un servicio autónomo e independiente requerido por los contratantes, cuando estos lo necesitan y no, se presta de forma regular y continúa, sino por un término contractual determinado, hasta que dure el contrato de prestación del servicio de recolección, transporte y disposición firma de residuos generados por las unidades sanitarias, por lo tanto, el servicio ofrecido no es para satisfacer las necesidades del colectivo con el fin de un saneamiento básico. La prestación de servicios de baños portátiles tuvo lugar a quienes lo utilizaron e implica el tratamiento posterior de residuos, lo cual no tiene como fin ejercer una función pública o suplir las labores del Estado para atender las necesidades colectivas de la comunidad.

Indicó que, en el caso bajo estudio no se probó que los baños portátiles suplan el recipiente de recolección de alcantarillado o reemplacen baños públicos que requieran de limpieza y aseo en el tratamiento de residuos por personas con experiencia, o los efectos ambientales y la salud que esgrime el demandante, puesto que para efectos del tratamiento de la exclusión del IVA es preciso demostrar el cumplimiento de todas las condiciones reguladas en la constitución y la ley.

Señala que no se desvirtuó que, la prestación del servicio provenga de un contrato de arrendamiento por el uso o de algún otro efectuado a distinto título, por lo que está demostrado que la accionante prestó un servicio gravado con el IVA que no está comprendido dentro de los excluidos en forma expresa por la legislación fiscal.

De otra parte, indicó respecto a la sanción de inexactitud que la misma se dio en virtud de haber omitido declarar impuestos generados por operaciones gravadas con el IVA, lo cual genero un menor impuesto sobre las ventas en el año 2016, por lo que se configuran los presupuestos del artículo 647 y 648 del E.T.

Así mismo advirtió que EMAS omitió impuestos generados por operaciones gravadas en la declaración de venta del año gravable 2016, lo cual originó un menor saldo a pagar en el impuesto, siendo dable la imposición de la sanción.

En cuanto a la no configuración de la inexactitud, afirmó que no basta con manifestar una errónea interpretación de la norma, siendo necesario que exista una diferencia de criterio, y que el razonamiento realizado por el intérprete obedezca a una apreciación seria, convincente, bien sustentada, que, aunque errónea puede pasar como válida.

Indicó que si bien, puede considerarse que hay diferencia de criterio entre la DIAN y la sociedad contribuyente en el sentido de considerar que los servicios prestados corresponden a su servicio público excluido del IVA, mientras que la administración señala que no están excluidos, se evidencia que el yerro proviene de la demandante y no en relación a la norma aplicable y su interpretación.

Finalmente solicitó se nieguen las pretensiones de la entidad accionante.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo de Circuito mediante sentencia del 03 de diciembre de 2021 negó las pretensiones de la demanda.

El Juzgado de instancia luego de hacer un recuento de la demanda, de la contestación, de las pruebas allegadas al cartulario y de la normativa que regula el cobro IVA, concluyó que, el servicio público de aseo se encuentra excluido del impuesto a las ventas, por lo tanto, no genera dicho tributo, sin embargo, como se advirtió en concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el servicio de alquiler de baños portátiles y su correspondiente mantenimiento, limpieza y transporte de los residuos que generan no se consideran como un servicio público domiciliario, por lo cual la persona que presta este servicio no presta un servicio de esta naturaleza.

En virtud de ello falló:

PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por la **EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO S.A. E.S.P. EMAS** en contra de la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**.

SEGUNDO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte actora y a favor de Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

FÍJESE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la parte demandante y a favor de la accionada la suma de \$2.000.000, de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

TERCERO. - NOTIFÍQUESE esta sentencia conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

CUARTO. - Expídanse a costa de la parte interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 114 del Código General del Proceso.

QUINTO. - EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.

SEXTO. – Reconocer personería para actuar como apoderada de la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**, al abogado **DANIEL GEGORIO MÁRQUEZ DELGADO** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.054.919.522 y tarjeta profesional No. 250.261 del C.S. de la J. de conformidad con el memorial poder que reposa en el consecutivo 01 del expediente electrónico.

RECURSO DE APELACIÓN

EMAS en su recurso alega que difiere del fallo que negó las pretensiones incoadas, y como argumentos del recurso de apelación esgrimió:

[...]

Es necesario reiterar que el objeto de la actividad de EMAS SA ESP y en particular respecto de los ingresos que la demandante no aceptó corregir en el proceso administrativo, no es el simple arrendamiento de baños portátiles sino el de poner a disposición de un grupo de personas una infraestructura para que realicen sus necesidades fisiológicas y

deshacerse de esos desechos en condiciones de salubridad e higiene, es decir, de prestar el servicio de aseo público domiciliario.

La demandante por medio de contrato se obliga a disponer de las heces y orina humana producida por quienes concurren a un lugar específico (evento, zona de trabajo o catástrofe) en condiciones de salubridad e higiene. Para ello, transporta e instala los inodoros Portátiles en el lugar indicado y en un número adecuado para la estimación de las personas usuarias y posteriormente, recoge dichas unidades y dispone de los desechos de acuerdo con la normativa ambiental aplicable. Esto significa que los inodoros portátiles son un instrumento para hacer la recolección de desechos, pero no son la prestación principal.

[...]En este contrato de prestación de servicio de aseo no se puede prescindir de las USP porque la orina y las heces, al ser materia física, requieren igualmente de un recipiente físico en el que se puedan recolectar para transportarlas y hacer una disposición final segura. Y se requiere ese recipiente físico y portátil justamente porque en el lugar no hay redes de acueducto y alcantarillado sobre las cuales construir y operar un inodoro. Estos bienes muebles suplen la falta de esa red, como se ha explicado, en una zona de trabajo o catástrofe o en un evento público pero su presencia se explica porque a través de su operación, transporte y limpieza es como se evita la contaminación ambiental disponiendo adecuadamente de las heces y orina de las personas que llegan en ese lugar. El aseo de un lugar que no cuenta con inodoros fijos conectados a un pozo séptico o la red de alcantarillado se realiza a través de USP, inodoros portátiles. Así como se le exige a la red de alcantarillado que conduzca a un lugar adecuado las heces y la orina, se le exige a EMAS SA ESP, que ponga a disposición de las personas el inodoro portátil para hacer sus necesidades fisiológicas y además que asee, que limpie o retire esos desechos. De forma más simple, dar en comodato las unidades y disponer de los desechos, ambas actividades en conjunto son el equivalente a bajar la cisterna en un inodoro fijo, es decir, a limpiar un espacio de desechos humanos y disponerlos donde corresponde. No se puede explicar una parte de la prestación sin la otra, porque, prestar el inodoro portátil no es suficiente para los clientes de EMAS SA ESP de acuerdo con los contratos celebrados, se requiere además del transporte y disposición final de las excretas y la orina depositada en esos recipientes.

En ese sentido, es físicamente posible que una empresa sólo realice el arrendamiento de los baños portátiles, así como es posible que sólo se dedique a transportar los desechos en esos baños a los lugares adecuados para disponer de ellos, sin embargo, la actividad comercial que realiza EMAS SA ESP es evitar la contaminación ambiental de un lugar mediante el uso de inodoros portátiles. El valor del servicio que presta la empresa contribuyente no es transportar baños, prestar baños o limpiar baños. El valor que encuentran los clientes de EMAS SA ESP en el servicio es el de permitir que personas en un lugar determinado satisfagan sus necesidades fisiológicas al tiempo que esos desechos son conducidos a un lugar adecuado para su tratamiento.

EMAS SA ESP en tanto empresa no es simplemente propietaria de baños portátiles sino también reúne a personas con experticia en el manejo de desechos de forma segura. El conocimiento de EMAS SA ESP en este

tema y la forma en la que opera los inodoros portátiles, no simplemente permite el goce de estos a título gratuito (comodato), sino que su utilización en sitios donde no hay alcantarillado es lo que materializa el aseo, lo que evita que en una de las zonas descritas los trabajadores o asistentes a un evento estén expuestos a heces y orina y por tanto encuentren vulnerados sus derechos a la dignidad, a la salud y al medio ambiente sano. El conocimiento y trabajo del personal de EMAS SA ESP es lo que también impide que esos desechos terminen en cualquier lugar, afectando potencialmente no ya a quienes produjeron los desechos sino a quienes podrían estar expuestos a ellos por causa de una mala disposición de estos.

EMAS SA ESP entonces presta un servicio que va más allá del permitir a otros usar baños portátiles, pues, aporta trabajo y conocimiento, no simplemente disposición del derecho de propiedad.

Si la DIAN tuviera razón, EMAS SA ESP no tendría que estimar el número de personas que podrían usar los inodoros portátiles, no tendría que administrar los vehículos que hacen la limpieza de los inodoros portátiles, no tendría que conocer las formas de disponer de esos desechos ni realizar las mezclas de químicos para controlarlos, no tendría que ejecutar procesos de separación entre sólidos y líquidos, ni tendría finalmente que capacitar personal para disponer adecuadamente de excretas humanas. Sin embargo, todas esas actividades y aún más, son las que realiza la empresa contribuyente alrededor de la disposición de inodoros portátiles. Como queda claro entonces, estamos ante la prestación de un servicio público de aseo domiciliario, que atiende al interés general de saneamiento básico y a la garantía de los derechos a la vida, dignidad, salud y medio ambiente sano a través de la operación de unidades sanitarias portátiles (inodoros portátiles) en los términos de la ley de servicios públicos y cuyos efectos también se extienden al ámbito tributario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible en PDF nro. 05 las partes y el ministerio no se pronunciaron en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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 la litis.

Problema jurídico

Teniendo en cuenta que el recurso de apelación el problema jurídico se centrara en resolver el siguiente interrogante:

¿La prestación del servicio de arrendamiento comercial y de aseo de unidades sanitarias portátiles, así como las actividades de mantenimiento, limpieza y transporte de residuos, son servicios gravados o excluidos del IVA?

LO PROBADO EN EL PROCESO

De acuerdo a lo aportado en el proceso se encuentra probado que:

1. Certificado de Cámara de Comercio de la empresa EMAS.
2. Declaración privada del sexto bimestre del Impuesto sobre las Ventas – IVA, año 2016 presentada por EMAS, con impuesto a pagar de \$16.227.000.oo.
3. Conforme a lo consignado en la Liquidación Oficial de Revisión Impuesto sobre las Ventas del 6 bimestre del año 2016, mediante Requerimiento Especial del 18 de mayo de 2018 la DIAN propuso modificar la declaración de impuesto sobre las ventas del bimestre 6 de 2016, en los siguientes conceptos:

En el anterior acto, se propone modificar la declaración privada Impuesto a las Ventas del bimestre 6° del año gravable 2016, teniendo en consideración que la sociedad EMAS, debía generar el IVA por los servicios prestados durante el año 2016, y que al no generarlo incurrió en inexactitud de conformidad con lo establecido en el artículo 647 y 648 del E.T, por lo tanto, se propuso las siguientes modificaciones:

REGLON	CONCEPTO	VALOR DECLARADO	VALOR PROPUESTO
28	INGRESOS POR OPERACIONES A LA TARIFA GENERAL	107.553.000	327.504.000
37	INGRESOS POR OPERACIONES EXCLUIDAS	7.176.186.000	6.956.235.000
38	INGRESOS POR OPERACIONES NO GRAVADAS	134.470.000	134.470.000
39	TOTAL INGRESOS BRUTOS	7.418.209.000	7.418.209.000
41	TOTAL INGRESOS NETOS RECIBIDOS DURANTE EL PERÍODO	7.418.209.000	7.418.209.000
53	TOTAL COMPRAS DE IMPORTACIONES BRUTAS	3.611.392.000	3.611.392.000
55	TOTAL COMPRAS REALIZADAS DURANTE EL PERÍODO	3.611.392.000	3.611.392.000
57	IMPUESTO GENERADO A LA TARIFA GENERAL	17.208.000	52.400.000
63	TOTAL IMPUESTO GENERADO POR OPERACIONES GRAVADAS	17.208.000	52.400.000
77	TOTAL IMPUESTO DESCONTABLE	981.000	981.000
78	SALDO A PAGAR POR EL PERÍODO FISCAL	16.227.000	51.419.000
79	SALDO A FAVOR DEL PERÍODO FISCAL	0	0
80	SALDO A FAVOR DEL PERÍODO FISCAL ANTERIOR	0	0
82	SALDO A PAGAR POR IMPUESTO	16.227.000	51.419.000

No 102412018000030 DEL 08 DE NOVIEMBRE DE 2018.

83	SANCIONES	0	35.192.000
84	TOTAL SALDO A PAGAR POR ESTE PERÍODO	16.227.000	86.611.000
85	TOTAL SALDO A FAVOR POR ESTE PERÍODO	0	0

Igualmente se sanciona al representante legal y al revisor fiscal por la sanción contemplada en el artículo 658-1 del E.T.

4. Por medio de la Liquidación Oficial Impuesto sobre las Ventas – Revisión nro. 102412018000030 del 11 de agosto de 2018 se determinó el impuesto sobre las ventas año gravable 2016 sexto bimestre en los siguientes términos:

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: PROFERIR liquidación oficial de revisión impuesto sobre las ventas año gravable 2016 bimestre 6°, mediante la cual, se modifica la declaración de corrección Sticker 91000498289299 de fecha 27 de junio de 2018 presentada por la sociedad **EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO S.A. E.S.P. -EMAS-**. NIT 800.249.174, correspondiente al Impuesto sobre las Ventas del 6° bimestre del año 2016, vista a folio 362 de la actuación administrativa.

Como consecuencia de lo anterior, la liquidación oficial de revisión de la sociedad **EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO S.A. E.S.P. -EMAS-**. NIT 800.249.174, correspondiente al Impuesto sobre las Ventas del 6° bimestre del año 2016, queda de la siguiente forma:

REGLON	CONCEPTO	VALOR DECLARACIÓN INICIAL	VALOR PROPUESTO REQUERIMIENTO ESPECIAL	VALOR DECLARACIÓN DE CORRECCIÓN	VALOR LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN
28	INGRESOS POR OPERACIONES A LA TARIFA GENERAL	107.553.000	327.504.000	208.851.000	327.504.000
37	INGRESOS POR OPERACIONES EXCLUIDAS	7.176.186.000	6.956.235.000	7.074.888.000	6.956.235.000
38	INGRESOS POR OPERACIONES NO GRAVADAS	134.470.000	134.470.000	134.470.000	134.470.000
39	TOTAL INGRESOS BRUTOS	7.418.209.000	7.418.209.000	7.418.209.000	7.418.209.000
41	TOTAL INGRESOS NETOS RECIBIDOS DURANTE EL PERÍODO	7.418.209.000	7.418.209.000	7.418.209.000	7.418.209.000
53	TOTAL COMPRAS DE IMPORTACIONES BRUTAS	3.611.392.000	3.611.392.000	3.611.392.000	3.611.392.000
55	TOTAL COMPRAS REALIZADAS DURANTE EL PERÍODO	3.611.392.000	3.611.392.000	3.611.392.000	3.611.392.000
57	IMPUESTO GENERADO A LA TARIFA GENERAL	17.208.000	52.400.000	33.537.000	52.400.000
63	TOTAL IMPUESTO GENERADO POR OPERACIONES GRAVADAS	17.208.000	52.400.000	33.537.000	52.400.000

17

77	TOTAL IMPUESTO DESCONTABLE	981.000	981.000	981.000	981.000
78	SALDO A PAGAR POR EL PERÍODO FISCAL	16.227.000	51.419.000	32.556.000	51.419.000
79	SALDO A FAVOR DEL PERÍODO FISCAL	0	0	0	0
80	SALDO A FAVOR DEL PERÍODO FISCAL ANTERIOR	0	0	0	0
82	SALDO A PAGAR POR IMPUESTO	16.227.000	51.419.000	32.556.000	51.419.000
83	SANCIÓNES	0	35.192.000	4.082.000	22.945.000
84	TOTAL SALDO A PAGAR POR ESTE PERÍODO	16.227.000	86.611.000	36.638.000	74.364.000
85	TOTAL SALDO A FAVOR POR ESTE PERÍODO	0	0	0	0

Problema jurídico

Tesis: La Sala defenderá la tesis de que contrario a lo considerado por la entidad accionante, el servicio de unidades sanitarias portátiles no hacen parte del servicio de aseo domiciliario excluido del IVA.

Respecto de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución Política de Colombia dispone:

“ARTICULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas

actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

ARTICULO 366. *El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.*

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

ARTICULO 367. *La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

ARTICULO 368. *La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.*

ARTICULO 369. *La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.*

ARTICULO 370. *Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”.*

Ahora bien, respecto de los servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994 modificada por la Ley 689 de 2001 dispone:

“Artículo 1o. Ámbito de aplicación de la ley. *Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija*

pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural; a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley”.

“Artículo 14. Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

[...]

14.20 Servicios Públicos. Son todos los servicios y actividades complementarias a los que se aplica esta ley.

14.21. Servicios públicos domiciliarios. Son los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural, y distribución de gas combustible, tal como se define en este capítulo.

[...]

14.24 Servicio público de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento”.

Conforme a la normativa en cita encuentra la Sala que, es dable deducir que el concepto de servicio público de aseo depende de la existencia misma del residuo o desecho y por supuesto, parte de la base de regular actividades como su recolección, transporte, aprovechamiento y disposición final.

De otro lado el Decreto 1713 del 6 de agosto de 2002, "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, la Ley 632 de 2000 y la Ley 689 de 2001, en relación con la prestación del servicio público de aseo, y el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 en relación con la Gestión Integral de Residuos Sólidos" incorporan los conceptos de servicio especial de aseo, servicio ordinario de aseo y servicio público domiciliario de aseo, así:

“Servicio especial de aseo. Es el relacionado con las actividades de recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso no puedan ser recolectados, manejados, tratados o dispuestos normalmente por la persona prestadora del servicio, de acuerdo con lo establecido en este decreto. Incluye las actividades de corte de césped y poda de

árboles ubicados en las vías y áreas públicas; la recolección, transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de los residuos originados por estas actividades; el lavado de las áreas en mención; y el aprovechamiento de los residuos sólidos de origen residencial y de aquellos provenientes del barrido y limpieza de vías y áreas públicas.

Servicio ordinario de aseo. *Es la modalidad de prestación de servicio público domiciliario de aseo para residuos sólidos de origen residencial y para otros residuos que pueden ser manejados de acuerdo con la capacidad de la persona prestadora del servicio de aseo y que no corresponden a ninguno de los tipos de servicios definidos como especiales. Está compuesto por la recolección, transporte, transferencia, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades.*

También comprende este servicio las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento, y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades.

Servicio público domiciliario de aseo. *Es el servicio definido como servicio ordinario por este decreto."*

Según se desprende de la lectura de las citadas normas, el servicio ordinario de aseo es todo aquél que no se encuentre dentro de las previsiones catalogadas como especiales previstas en ese mismo decreto, lo que implica que toda actividad de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos constituye un servicio público de aseo, pues el calificado como ordinario incorpora todo aquel que no tiene la connotación de especial.

A este respecto se observa que, de acuerdo con la definición transcrita del servicio especial de aseo, se incluye en ella todo lo relacionado con las actividades de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos sólidos que por su naturaleza, composición, tamaño, volumen y peso no puedan ser recolectados, manejados o tratados normalmente por la persona prestadora del servicio. A título de ejemplo, se comprende allí de manera expresa: (i) residuos originados por el arreglo de jardines, parques, poda de árboles o arbustos, árboles caídos por cualquier motivo y corte de césped en áreas públicas; (ii) recolección de tierra; (iii) residuos generados de la realización de eventos especiales y de espectáculos masivos, entendidos como residuos sólidos (ejemplo botellas, vasos, paquetes de comida); (iv) residuos sólidos generados de la limpieza y remoción de avisos publicitarios y propaganda colocada en áreas públicas; y (v) residuos provenientes de lotes o construcciones que amenacen ruina.

De manera que, el servicio de proporcionar cabinas de baño portátiles para determinados

eventos, y su posterior disposición, no encuadra dentro de lo que ordinariamente se conoce como servicio público domiciliario.

Ahora bien, respecto del hecho generador del impuesto sobre las ventas el artículo 420 del E.T. establece:

ARTICULO 420. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. El impuesto a las ventas se aplicará sobre:

[...]

c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos;

[...]

PARÁGRAFO 2o. Para la prestación de servicios en el territorio nacional se aplicarán las siguientes reglas:

1. Los servicios relacionados con bienes inmuebles se entenderán prestados en el lugar de su ubicación.

2. Los siguientes servicios se entenderán prestados en el lugar donde se realicen materialmente:

a) Los de carácter cultural, artístico, así como los relativos a la organización de los mismos.

b) Los de carga y descarga, trasbordo y almacenaje.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos del impuesto sobre las ventas, los servicios prestados y los intangibles adquiridos o licenciados desde el exterior se entenderán prestados, licenciados o adquiridos en el territorio nacional y causarán el respectivo impuesto cuando el usuario directo o destinatario de los mismos tenga su residencia fiscal, domicilio, establecimiento permanente, o la sede de su actividad económica en el territorio nacional.

PARÁGRAFO 4o. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable a los servicios de reparación y mantenimiento en naves y aeronaves prestados en el exterior, así como a los arrendamientos de naves, aeronaves y demás bienes muebles destinados al servicio de transporte internacional, por empresas dedicadas a esa actividad.

De otro lado el artículo 476 del E.T. respecto de los servicios excluidos del IVA establece:

ARTÍCULO 476. SERVICIOS EXCLUIDOS DEL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS -IVA-. Se exceptúan del impuesto los siguientes servicios y los bienes relacionados explícitamente a continuación:

[...]

11. Los servicios públicos de energía. La energía y los servicios públicos de energía a base de gas u otros insumos.

12. El agua para la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, los

servicios de aseo público y los servicios públicos de recolección de basuras.

13. El gas para la prestación del servicio público de gas domiciliario y el servicio de gas domiciliario, ya sea conducido por tubería o distribuido en cilindros.

Conforme a la normativa en cita, el artículo 420 del ET grava con impuesto sobre las ventas la prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos.

Respecto de los excluidos los numerales 11, 12 y 13 del artículo 476 ibidem., excluyó de dicho tributo a los servicios públicos de energía, acueducto y alcantarillado, aseo público, recolección de basuras y gas domiciliario conducido por tubería o distribuido en cilindros.

Debe tener en cuenta que, con respecto a los servicios excluidos, son solo aquellos que están contenidos en forma expresa en alguna disposición, de lo contrario se entienden gravados.

En este orden de ideas, encuentra esta Sala que, respecto a las exclusiones del IVA generado por la prestación de servicios es de carácter taxativo, limitado, personal e intransferible con el que el legislador establece los beneficios que garantizan la igualdad real y efectiva en materia fiscal; y de los principios de certeza y legalidad tributaria a los que responde la potestad de configuración normativa tanto para crear tributos y disponer sus elementos, como para desgravarlos en relación con determinados sujetos, hechos o actividades, impidiendo que se produzcan los efectos jurídicamente asociados a la realización del hecho generador con el que nace la obligación tributaria sustancial, o alterando los factores cuantitativos del tributo con el consiguiente ajuste de la carga impositiva¹. A la luz de esta máxima, el derecho a la exclusión legal mencionada solo surge en el marco de las hipótesis enunciadas, entre ellas, el servicio aseo público y recolección de basuras.

Ahora bien, el servicio prestado de baños portátiles o unidades sanitarias portátiles encuentra esta Sala que, es un servicio que se presta para la recolección de residuos especialmente utilizados para eventos deportivos, conciertos al aire libre, campamentos para obras de infraestructura vial, urbanística, hidroeléctricas, entre otros, dispuestos en sitios lejanos y en albergues temporales en caso de siniestro o emergencia, por lo que su

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-333 de 2017 "los beneficios fiscales buscan "restringir el hecho gravado al escoger determinadas hipótesis incluidas en la definición del hecho generador o en la hipótesis de sujeción o, en otros casos, tienen por propósito incidir sobre los elementos cuantitativos del tributo reduciendo partidas que integran la base o la tarifa".

mantenimiento, limpieza y transporte, no se consideran como un servicio público domiciliario, puesto que este servicio se presta en virtud de la celebración de un contrato con un particular cuya finalidad es atender una situación particular que se da por un evento público, por lo que no puede considerarse que está inmerso en el servicio de aseo o recolección de basura como lo pretende ver la parte accionante.

Sumado a lo anterior, de acuerdo a la definición transcrita en líneas anteriores la limpieza y disposición de los residuos de las unidades sanitarias portátiles no se encuentran incluidas en el servicio público de aseo, por lo que no se encuentra excluido del IVA, puesto que las exclusiones en materia tributaria son taxativas y no dan a lugar a interpretaciones.

En este orden de ideas, resulta palmario que el servicio de alquiler de baños portátiles y su correspondiente mantenimiento, limpieza y transporte de los residuos que generan no se consideran como un servicio público domiciliario, por lo cual la persona que presta este servicio no presta un servicio público domiciliario, y en consecuencia al no ser un servicio público de aseo no se encuentra excluido del impuesto a las ventas, por lo tanto, genera dicho tributo.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada.

COSTAS EN ESTA INSTANCIA.

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condenará en costas de segunda instancia, en atención a que no hubo actuación en segunda instancia que justifique su reconocimiento, por lo que no supera el criterio objetivo valorativo.

Por lo expuesto, la sala primera de decisión del **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, de fecha 03 de diciembre de 2021 dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovió **SOCIEDAD EMPRESA METROPOLITANA DE ASEO S.A. E.S.P.** contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES**.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

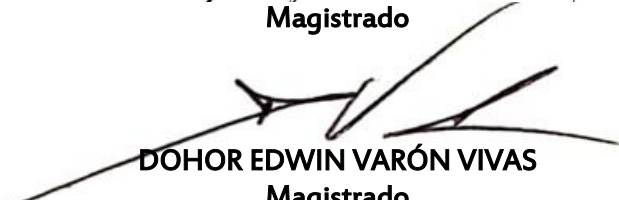
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 07 de septiembre de 2023, conforme acta nro. 052 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 158 del 11 de
septiembre de 2023.

17001233300020200005300

Nulidad y restablecimiento del derecho

Claudia del Pilar Cediel Gómez Vrs Fiscalía General de la Nación

*Avoca conocimiento y
Declara falta de competencia
Auto interlocutorio n° 376*

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala de Conjueces-**

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

Procede el Despacho a realizar control de legalidad respecto del medio de control **NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandante **CLAUDIA PILAR CEDIEL GOMEZ** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y con radicado n° **17001233300020200005300**.

2. PRETENSION PRINCIPAL

Pretende la demandante el reconocimiento de la “bonificación judicial” creada por el Decreto 382 de 2013, como factor salarial frente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho, desde el 1 de enero de 2013 y hasta que se termine su vinculación laboral en la Rama Judicial, siempre que los cargos ocupados sean considerados como beneficiarios de esta bonificación.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Agotada la reclamación administrativa e intentada la conciliación prejudicial ante el Ministerio Público, la demanda fue radicada en la oficina judicial el 10 de marzo de 2022 - *01ActaReparto-*, el 31 de julio de 2020 la Sala Plena de esta Corporación se declaró impedida para conocer este proceso - *07DeclaraImpedimento-*, se envió el expediente digital al Consejo de Estado para decidir el impedimento, el 5 de mayo de 2022, el Superior aceptó el impedimento y ordenó su conocimiento a la Sala de Conjueces - *12AceptaImpedimento-*, devuelto el expediente nuevamente a este Tribunal, se fijó fecha para celebrar sorteo de Conjueces - *15FijaFechaSorteo-* el cual se realizó el 12 de diciembre de 2022 - *17SorteoConjueces12Dic2022-*, el 6 de julio de 2023 se admitió la demanda - *19AdmiteDemanda-* el término de traslado de la demanda se cumplió el 30 de agosto de 2023 y el 04 de septiembre de 2023 paso a despacho - *23ADespacho-*.

4. LA DEMANDA

La demanda busca la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución n° 0995 de 20 de junio de 2018** “por medio de la cual se resolvió un derecho de petición”.
- Resolución n° 0114 de 2 de agosto de 2018 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación”.
- Resolución n° 124 de 24 de septiembre de 2018 “por medio de la cual se aclara la resolución n° 0114 de 2 de agosto de 2018 y se resuelve un recurso de reposición”
- Resolución n° 2-3116 de 1 de octubre de 2018 “por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”.

Además; reclama una cuantía de **CUARENTA MILLONES CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CATOCER CENTAVOS (\$40'180.746,14)** por concepto de los periodos laborados por la demandante y en que la demandada no ha tenido en cuenta la bonificación como factor salarial, para la liquidación de las prestaciones sociales.

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia del Tribunal.

En resumen, la demanda fue instaurada el **10 de marzo de 2020** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y pretende la demandante el reconocimiento de la bonificación judicial creada por el Decreto 382 de 2013, como factor salarial sobre todas las prestaciones sociales a que tiene derecho, por el periodo comprendido después del 1 de enero de 2013 y en adelante hasta que deje de ser empleada público de la Fiscalía General de la Nación. A efectos de conseguir la declaración anterior solicita la nulidad de los actos administrativos que constituyen la reclamación administrativa. La cuantía estimada en la demanda es de **CUARENTA MILLONES CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CATOCER CENTAVOS (\$40'180.746,14)**.

Ahora bien, encuentra este Conjuez que no es competente para conocer este medio de control, a la luz de lo dispuesto en el *numeral 2 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011*, -vigente para el momento en que se radico la demanda-;

“Artículo 152. -Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

1.,

2., De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se

controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. 4., 5., 6., 7., 8.,9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16.” (Subrayas propias del Despacho)

Así las cosas, la demanda fijó una cuantía de **CUARENTA MILLONES CIENTO OCHENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS PESOS CON CATORCE CENTAVOS (\$40´180.746,14)**, por otro lado, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020 fue de \$877.803.00 y para que sea competencia de esta Corporación, la cuantía debe superar los 50 s.m.l.m.v., es decir la suma de **CUARENTE Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$43´890.150.00)**, lo que a todas luces no se cumple en esta demanda.

Finalmente, conforme lo dispone el n° 2 del artículo 155 ibidem, indica que la competencia para conocer este proceso, por el factor de la cuantía, en primera instancia es del Juez Administrativo;

“Artículo 155. -Competencia de los juzgados administrativos en primera instancia. Los juzgados administrativos conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

1.,

2., De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. 4., 5., 6., 7., 8.,9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16.” (Subrayas propias del Despacho)

En consecuencia, se **DECLARA LA FALTA DE COMPETENCIA** por el **FACTOR CUANTIA** para conocer este proceso por ser exclusiva de los juzgados administrativos. De igual manera y en atención a que el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PCSJA23-12034 de 17 de enero de 2023, creó -entre otros- el Juzgado Transitorio Administrativo para Manizales y cuyo conocimiento es exclusivo de temas, cuya competencia es de los Conjuces, por tanto, dado que el Consejo de Estado, ha definido la competencia de este proceso y ordenó su conocimiento a la Sala de Conjuces, de lógica se deduce que es el Juez Transitorio Administrativo de Manizales, el Juez competente para conocer y tramitar este proceso en primera instancia, con miras a evitar un desgaste mayor de la justicia, que afecta el principio de economía procesal y evita un destino previsible, el cual no

17001233300020200005300

Nulidad y restablecimiento del derecho

Claudia del Pilar Cediel Gómez Vrs Fiscalía General de la Nación

*Avoca conocimiento y
Declara falta de competencia
Auto interlocutorio n° 376*

es otro que la declaración de impedimento de los Jueces Administrativos para conocer este proceso por ser beneficiarios de la bonificación judicial que la demanda pretende y el traslado de este Tribunal al conocimiento de un Conjuez, después de aceptar el inevitable impedimento que declare el inferior.

Conforme lo anterior, se ordena a la Oficina Judicial que este proceso sea repartido al Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, para que continúe su conocimiento y resuelva la primera instancia.

6. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la **FALTA DE COMPETENCIA** para conocer este medio de control de **NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandante **CLAUDIA PILAR CEDIEL GOMEZ** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** y con radicado n° **17001233300020200005300**, por el **FACTOR CUANTIA**.

SEGUNDO: EJECUTORIADO este auto, **ENVIAR** este medio de control a la **OFICINA JUDICIAL** para que lo reparta al **JUZGADO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**.

TERCERO: Háganse las anotaciones en el sistema Siglo XXI.

CUARTO: Contra esta decisión solo procede el recurso de reposición a la luz del artículo 243 del CPACA.

Notifíquese y cúmplase



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-SALA DE CONJUCES-**

Manizales, ocho (8) septiembre 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 6 de junio de 2023 (fl. 236-243 C.1), en la cual modificó la sentencia de 8 de octubre de 2018 proferida por la Sala de Conjueces de esta Corporación; ordénese el archivo del expediente.

Notifíquese y Cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Tomás Felipe Mora Gómez', written over a horizontal line.

TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

Tomas Felipe Mora Gómez

Conjuez Ponente

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. ASUNTO

En ejercicio de la segunda instancia y luego de que el pasado 10 de agosto del año que avanza pasará a despacho para estudiar la sentencia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación que contra el fallo primario fue interpuesto por la parte demandante y en consecuencia, emitirá la sentencia de segunda instancia, después de haberse agotado todas las etapas que la anteceden, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante **ALBA LUCIA QUINTERO GUTIERREZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en Sala de Conjueces, conformada por el Conjuez Dr. **TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de ponente y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** y el **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ**.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

En resumen, debe la Sala de Conjueces definir si fue acertada la decisión del A Quo entre otras, declarar la afectación de todos los periodos reclamados por la demandante, con el fenómeno de la prescripción trienal laboral.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1. DECLARAR** la nulidad de la Resolución DESAJMAR17-534 de 5 de junio de 2017.
- 2. DECLARAR** la nulidad del acto administrativo ficto presunto negativo.

Consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, lo siguiente;

3. **PAGAR** a la demandante la diferencia salarial existente entre lo que se ha liquidado y pagado hasta ahora en salario y prestaciones sociales (vacaciones, primas de servicios, de navidad, de vacaciones, cesantías, seguridad social en salud y pensión, bonificación por servicios), y lo que legalmente le corresponde teniendo como base para la liquidación la prima especial con carácter salarial correspondiente al 30% de sus ingresos y se efectúe la liquidación de su prestaciones con el 100% de su remuneración mensual.
4. **PAGAR** todas las sumas que resulten probadas en este proceso como NO pagadas o desconocidas a mi mandante en relación con la prima especial con carácter salarial correspondiente al 30% del salario básico.
5. **ORDENAR** que el cumplimiento de la sentencia por parte de la demandada, se efectuará en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.
6. **CONDENAR** a la demandada al pago de los intereses comerciales y/o moratorios en la forma como lo dispone el artículo 195 del CPACA.

4. HECHOS

La señora **ALBA LUCIA QUINTERO GUTIERREZ** laboró en la Rama Judicial, en el cargo de Juez de la Republica por los siguientes periodos; *(i). de 6 a 31 de julio de 2004, (ii). de 1 de septiembre de 2005 a 10 de enero de 2005, (iii). De 4 de julio de 2006 a 30 de junio de 2009.*

5. FALLO PRIMARIO

El 1 de diciembre de 2020, el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de esta ciudad, con ponencia de la Conjuer Dra. Lina Maria Hoyos Botero, en decisión de primera instancia, declaró no probada la excepción de “*ausencia de causa petendi*” y en consecuencia ordenó la nulidad de los actos administrativos atacados y probada la excepción de “*prescripción*” afectado todos los periodos reclamados, negó las demás pretensiones.

Como argumento principal de la sentencia, dijo el A Quo que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 fue creada en beneficio de algunos funcionarios públicos, entre ellos los Jueces de la Republica, equivalente al 30% del salario básico de los funcionarios, sin embargo, con la regulación por decretos que le imprimió el Gobierno Nacional, generó más dudas que certezas, por lo que fue la jurisprudencia del Consejo de Estado, la que definió aspectos como su carácter de factor salarial solo para los aportes a salud y pensión y la aplicación de la prescripción es tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho.

6. RECURSO DE ALZADA

Notificada la sentencia fue recurrida por la parte demandante, mediante escrito que presentó el 11 de diciembre de 2020. Aclaró que solo se encuentra en desacuerdo con la sentencia primario, en lo que tiene relación con la declaración de la ocurrencia de la prescripción sobre los periodos reclamados, porque está plenamente de acuerdo, con las demás declaraciones que realizó el fallo proferido por el A Quo.

Dijo que el fallo de 1 de diciembre de 2020, acogió la tesis que frente a la prescripción planteó la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, la cual criticó pues considera que esta desconoció la tesis que sostuvo por mas de 20 años el mismo Consejo de Estado, el cual venia protegiendo la teoría de que el momento en que se hizo exigible el derecho, fue *“a partir de la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad por inconstitucional de los decretos anuales que consagraron la prima especial del 30% en los años 1993 a 2007, sentencia ejecutoriada el 22 de julio de 2014, así las cosas, como la presentación de la reclamación administrativa ocurrió el 12 de mayo de 2017, es decir, dentro de los tres año siguientes, por lo que no hubo ocurrencia del fenómeno prescriptivo”*.

Cito la sentencia C-131 de 2004 que trata el principio de la *“confianza legítima”*, que en resumen dice *“...consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en el cual pueda confiar. (...)...La Corte al estimar que la interpretación judicial debe estar acompañada de una necesaria certidumbre y que el fallador debe abstenerse de operar cambios intempestivos en la interpretación que las normas jurídicas venia realizando, y, por ende, el ciudadano puede invocar a su favor, en estos casos, el respeto por el principio de la confianza legítima”*, concluye que es este principio el que invoca en respeto de los derechos de la demandante que fueron vulnerados por una trasgresión evidente y reconocida judicialmente en la sentencia emitida por el Consejo de Estado el 29 de abril de 2014, que anuló

los decretos del Gobierno Nacional que por el periodo comprendido entre 1993 a 2007, desconocieron el carácter de factor salarial de la prima especial contenida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

Solicitó revocar parcialmente y solo en lo que tiene que ver con la declaratoria del fenómeno prescriptivo sobre los periodos en que la demandante ejerció el cargo de Juez de la Republica y por el contrario, reconocer el histórico criterio que sobre este fenómeno venia aplicando el Consejo de Estado, en el sentido que el derecho se hizo exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia que anulo los decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional y que regulan esta materia, es decir a partir del 22 de julio de 2014, en adelante.

8. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

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

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

“(...). El marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses, de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 328 del CGP. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que ‘las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos,

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

constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: -tantum devolutum quantum appellatum-, La sentencia de primera instancia solo fue apelada por la parte demandante, con el fin de lograr se accediera a la totalidad de las pretensiones económicas incoadas en la demanda, previa nulidad de los actos demandados.”

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

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

c. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante aclarar la obligación de la Sala de Conjuces-Tribunal Administrativo de Caldas, de acoger en su integridad lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 270 y 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación. Al respecto menciona la doctrina lo siguiente²;

“2.2.2 Configuración legal de las sentencias de unificación jurisprudencial. Identificación y fuentes.

El artículo 270 del CPACA define cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial que producen los efectos internos y externos anteriormente referidos³, así:

Artículo 270. *Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.*

De acuerdo con la definición anterior esta clase de sentencias escapa a la simple noción de jurisprudencia o de línea jurisprudencial, en la medida en que se les otorga el carácter de orientadoras de las

² Libro -Las Sentencias de Unificación Jurisprudencial y el Mecanismo de Extensión de la Jurisprudencia-, Consejo de Estado -Sala de Gobierno-, Sala de Consulta y Servicio Civil, primera edición 2014.

³ Declarado exequible condicional, en el entendido que las autoridades administrativas también deberán tener en cuenta, de manera prevalente, las sentencias de constitucionalidad en que se hayan interpretado las normas aplicables al caso (Sentencia C-818 de 2011).

decisiones que se profieran sobre casos similares sometidos a idénticos supuestos fácticos y jurídicos, por la administración o por la autoridad judicial. En dichas decisiones se efectúa una interpretación de un derecho preexistente y se orienta su aplicación a determinados casos, con el ánimo de garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad, los cuales se materializan con la aplicación uniforme de las normas y de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Otra conclusión que puede extractarse de la definición del artículo 270 transcrito, y que toca de manera directa con el objeto de este trabajo de investigación, se deriva de la expresión “que profiera o haya proferido”; en virtud de ella es claro que se consideran sentencias de unificación jurisprudencial no solo las que profiera el Consejo de Estado luego del 2 de julio de 2012 – fecha de entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011–, sino también las que con anterioridad a dicha fecha profirió la alta Corporación por razones de importancia jurídica, o trascendencia económica o social, o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión en las acciones populares y de grupo. Esto último es consecuencia necesaria de lo señalado en la primera parte de este estudio, en el sentido de que la función de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado no nace con el CPACA sino que es anterior al mismo, en la medida en que se trata de una atribución connatural a la condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo que le otorga el artículo 237 de la Constitución Política.”

d. CASO CONCRETO.

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

- a) Derecho de petición radicado el 12 de mayo de 2017.
- b) Resolución n° DESAJMAR17-534 de 5 de junio de 2017 “*por medio del cual se resuelve un derecho de petición*” y su constancia de notificación.
- c) Recurso de apelación.
- d) Resolución DESAJMAR17-771 de 27 de julio de 2017 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*”.
- e) Constancia laboral n° 523 de 11 de marzo de 2010.
- f) Resolución n° 127 de 16 de abril de 2018 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación*”.

e. PROBLEMA JURIDICO.

Toda vez que el recurso de apelación contra la decisión del A Quo, manifiesta que se encuentra parcialmente de acuerdo con lo decidido por este y

su oposición radica en un solo punto de la decisión, la Sala se limitará puntualmente a analizar el desacuerdo plasmado en el recurso, así;

c). ¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado?

Lo anterior en el marco jurídico dispuesto por la ultima sentencia que unificó este tema.

f. BREVE ANALISIS DE LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS

Creada por el artículo 14 de La Ley 4ª de 1992;

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

El Gobierno Nacional en cumplimiento de lo establecido en esta ley, regulo esta prima, sin embargo y como lo concluyó el Consejo de Estado en sentencia del 29 de abril de 2014, su interpretación fue errada y desmejoró el salario de estos funcionarios, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que habían sido expedidos por el establecimiento hasta esa fecha. Luego fueron muchos los pronunciamientos del Consejo de Estado, que de manera individual respetaron la posición asumida por la sentencia del 2014.

Luego el Consejo de Estado, Sala de Conjuces unificó este tema mediante la sentencia *SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019*, sentando posición especialmente frente a tres pilares; **(i)**. Los funcionarios que se benefician de ella, **(ii)**. Su carácter de factor salarial y **(iii)**. El fenómeno de la prescripción trienal laboral.

Del primero, manifestó que solo los Jueces de la Republica y los funcionarios homólogos tienen derecho a recibir este beneficio, dejando por fuera a los Magistrados de Tribunal y sus homólogos, al considerar que estos, reciben la prestación social denominada “bonificación por compensación” creada por el Decreto 610 de 1993, en concordancia con los Decretos 610 y 1239 de 1998 y los artículos 1º y 2º de la Ley 4ª de 1992, equivalente al 80% de lo que por todo concepto devengan los Magistrados de Alta Corte y con esto, dichos funcionarios ya están nivelados salarialmente respecto del superior jerárquico. Frente a la segunda, la sentencia de unificación mencionada declaró que la prima especial de servicios *solo* es factor salarial, para efectos de los aportes a salud y pensión, dejando por fuera las demás prestaciones sociales percibidas por estos funcionarios. De la tercera, hablaremos más adelante, con un mayor desarrollo, en tanto constituye el único problema jurídico a resolver en esta decisión.

g. PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales *se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia* que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes⁴. Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la

⁴ Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010⁵ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde**

⁵ Cita de cita: Ibidem

este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administrado su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial⁶. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar⁷: “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o,

⁶ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos⁸. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo. Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operaba contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad. La anterior tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de

⁸ La sentencia que declaró nulo el artículo 7º del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7º del Decreto 50 de 1998 y 8º del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

Estado, Sección Segunda–Subsección “A” del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), garantizando el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos⁹

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁰, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?”

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1º de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹¹. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde

⁹ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁰ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹¹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)¹².

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa¹³. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la

¹² “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

¹³ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- ***De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.***

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, **desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1º de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.**”

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen¹⁴: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso

¹⁴ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, esta Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Para el caso concreto y de acuerdo a la pauta jurisprudencial de la Sala Plena del Consejo de Estado, sobre la contabilización de la prescripción del derecho a reclamar la prima especial de servicios, se tendrá en cuenta en cada caso la fecha de presentación de la reclamación administrativa y a partir de allí se reconocerá hasta tres años atrás, de conformidad con el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969.

Ahora bien, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se

realizó el día **12 de mayo de 2017**, lo que significa prescriben los periodos anteriores al **12 de mayo de 2014**, por lo que es claro que sobre los periodos reclamados operó el fenómeno de la prescripción.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

Es necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”¹⁵

¹⁵ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante todos los periodos reclamados *(i). de 6 a 31 de julio de 2004, (ii). de 1 de septiembre de 2005 a 10 de enero de 2005, (iii). De 4 de julio de 2006 a 30 de junio de 2009.*

9. CONCLUSIÓN

1. Debe aplicarse la prescripción trienal laboral conforme lo dispone el Decreto 3135 de 1998 y 1848 de 1969 es decir, contados tres años a partir de la exigibilidad del derecho, que en este caso, fue el 12 de mayo de 2017, fecha en que se inició la reclamación administrativa, lo que significa que los periodos en que la demandante ocupó el cargo de Juez de la Republica, prescribieron al menos respecto del pago de la prima especial de servicios.
2. Según lo ordenado por la Sentencia de Unificación del 2 de septiembre de 2019, la prima especial de servicios *sólo* es factor salarial para efectos de los aportes a pensión y dado que estos no prescriben, debe la demandada reliquidar todos los periodos en que la demandante ocupó el cargo de Juez de la Republica, y consignar al fondo de pensiones escogido por ella, las diferencias adeudadas.
3. La demandada debe darle cumplimiento a la sentencia, conforme lo dispone los artículos 189 y 192 del CPACA.
4. Confirmar los demás numerales de la sentencia primaria.

Así las cosas, la **SALA** modificará el fallo primario.

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

10. FALLA

PRIMERO: ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado.*

SEGUNDO: MODIFICAR de la *Sentencia de 227 de 1° de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Manizales*, el numeral 3° así:

*“TERCERO: Declárese **PARCIALMENE PROBADA** la excepción de prescripción sobre **TODOS** los periodos reclamados por la parte actora, pero **SOLO** respecto del pago de la prima especial de servicios. Y como quiera que los aportes a pensión son imprescriptibles, **ORDENAR** a la demandada reliquidar los aportes a pensión, generados por la demandante durante todos los periodos en que ocupó el cargo de Juez de la Republica, teniendo en cuenta la prima especial de servicios (Art. 14 de la Ley 4ª de 1992) como factor salarial y consignar las diferencias al fondo de pensiones escogido por la demandante.”*

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales contenidos en la *Sentencia de 227 de 1° de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Manizales*.

CUARTO: ADICIONAR a la *Sentencia de 227 de 1° de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 1° Administrativo del Circuito de Manizales*, un numeral, así:

*“SEPTIMO: **ORDENAR** a la demandada que, para el pago de la sentencia, debe hacerlo en estricto cumplimiento a los artículos 189 y 192 del CPACA.”*

QUINTO: ORDENAR a la Secretaria de este Tribunal hacer las anotaciones en la base de datos Siglo XXI.

SEXTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el 8 de septiembre de 2023.

Los Conjuces;



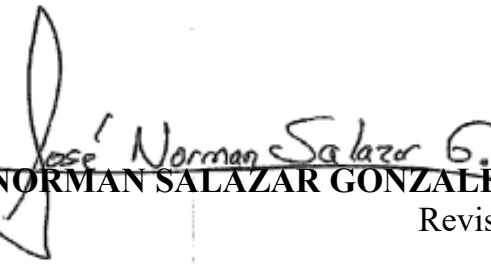
TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Ponente

17001333300120180030203

Nulidad y restablecimiento del derecho.

Alba Lucia Quintero Gutiérrez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Sentencia 2° n° 147


~~JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ~~
Revisor


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Mauricio Baldion Álzate

Conjuez Ponente

Manizales, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse surtido con éxito todas las etapas procesales previas, por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante la señora **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** con ponencia de este Conjuez **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dra. LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA** y **Dr. JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, la demandante **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% de su salario básico y por todo el periodo que se desempeñó como Fiscal Seccional.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

1. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- ***Resolución DS-16-12-6-SAJ0832 de 27 de marzo de 2017.***
- ***Resolución n° 2-2087 de 30 de junio de 2017.***

Condenas:

2. **RECONOCER** y pagar a la **Dra. GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET**, la suma que resulte como diferencia de todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición efectuada en vía gubernativa y en el anexo 1° de la demanda, dejados de percibir en los años 1993 a 2003, teniendo en cuenta lo devengado mensualmente sin deducir la denominada prima especial de servicios.
3. **REAJUSTAR** y/o actualizar las sumas a que se condene la entidad demandada por medio de la sentencia, al momento de la ejecutoria del fallo de primera o segunda instancia, conforme a la formula aplicada en otros casos como se expone en una de la sentencia que se adjunta como base jurisprudencial y dicha formula es la siguiente: $R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$; en que la R (valor presente) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que el lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de la sentencia-En este caso vigente al momento de reconocer y pagar las prestaciones sociales en su reliquidación), por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas).
4. **CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, a favor de los intereses de la parte demandante conforme a lo ordenado por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.
5. **ORDENAR** a la demandada dar cumplimiento al fallo que le de fin al proceso dentro de los términos establecidos en el CPACA en sus artículos 189, 192 y 195.

4. HECHOS

La doctora **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** laboró al servicio de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en el cargo de **FISCAL SECCIONAL** desde el *2 de febrero de 1981 y hasta el 31 de diciembre de 2003*, día en que renunció y pasó a ser pensionada.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La **Dra. GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** a través de apoderada, el *23 de marzo de 2017*, solicitó el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales incluyendo el 30%

de la denominada prima especial de servicios.

La demandada negó lo solicitado por medio de la **Resolución DS-16-12-6-SAJ0832 de 27 de marzo de 2017**. Contra este acto administrativo, la parte demandante se opuso a través del recurso de apelación en cual fue resuelto de manera desfavorable a través de la **Resolución n° 2-2087 de 30 de junio de 2017**.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **20 de octubre de 2017**, la demandante por intermedio de su apoderada, presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. Mediante resolución n° 1219 de 20 de septiembre de 2017 se admitió y declaró fallida una conciliación, agotando el requisito de procedibilidad y dejando abierta la puerta para acudir ante esta jurisdicción.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó el demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

7.2. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 58 y 228.

7.3. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2°, 12°-párrafo y 14° de la ley 4ª de 1992; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 10, 102, 137, 148, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 152-7° de la Ley 270 de 1996.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al venir liquidando las prestaciones sociales de la demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de todos los ingresos devengados por este.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** acepto como ciertos los hechos n° 1, 2, 3 y 4, de los hechos n° 5, 6, 7, 8, 9 y 12, niega que lo sean, pues aluden a apreciaciones personales de la demandante, para argumentar los hechos, no le constan los hechos n° 10 y 11 y niega los hechos n° 13, 14 y 15 de la demanda. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Presentó los medios exceptivos, prescripción, carencia de objeto y cumplimiento de un deber legal. Como argumento general, dispuso que la demandada actuó en respecto de las leyes vigentes, sin ser de su resorte desobedecerlas, so pena de incurrir en delitos o acciones disciplinarias, agregó que le corresponde al Congreso de la Republica modificar las leyes y al Gobierno Nacional, cambiar los decretos regulatorios, conforme sus competencias.

Solicitó se nieguen todas las pretensiones de la demanda. Como pruebas solicito decretar los documentos allegados con esa respuesta, que hacen parte del expediente administrativo de la demandante.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el 27 de noviembre de 2017, declaración de impedimento de los Despachos 001, 002, 003, 004 y 005 del Tribunal Administrativo de Caldas el 15 de junio de 2018, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 23 de agosto de 2018, avoca conocimiento el Despacho 006 del Tribunal Administrativo de Caldas, inadmite demanda el 23 de septiembre de 2019, admite demanda el 16 de octubre de 2019, notificación demanda el 17 de octubre de 2019, traslado de excepciones n° 14 de 19 de febrero de 2020, suspensión de los términos por cuenta de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* declarada por el Gobierno Nacional, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020*, declaración de impedimento del Magistrado del Despacho 006 de esta Corporación el 21 de septiembre de 2021

-01Cuaderno1(fl. 1-220)-, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 4 de agosto de 2022 -06AceptaImpedimento-, sorteo de Conjuces el 31 de enero de 2023 -11ActaSorteoConjuces31Ene2023-, constancia a Despacho del Conjuce José Mauricio Baldion Álzate para avocar y continuar con el trámite de este proceso de 10 de abril de 2023 -12ADespachoParaAvocar-, decreto de pruebas, fijación del litigio y traslado de alegatos del 24 de junio de 2023 -13PruebasFijaLitigioAlegatos, 14Notificacion-, finalmente paso a despacho para sentencia el pasado 22 de agosto de 2023 -16ADespachoParaSentencia1°.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder de la demandante **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** para la abogada **Dra. ALBA YANETH BETANCOUTH GIRALDO**, escrito de la demanda y pruebas allegadas con la demanda, subsanación de la demanda contestación de la demanda, poder de la Coordinadora de la Unidad de Defensa Jurídica de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Fiscalía General de la Nación para la abogada Myriam Stella Rozo Rodríguez y antecedentes administrativos -01Cuaderno1(fl. 1-220) y 02Cuaderno2(AnexosDemanda)- y, escrito de alegatos de la parte demandada -15AlegatosDemandada-.

10. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

En la demanda -01Cuaderno1(fl. 1-220) y 02Cuaderno2(AnexosDemanda):

Actos administrativos “por medio de los cuales se liquidan unos auxilios de cesantías”, Derecho de petición del 23 de marzo de 2017, Oficio DS-16-12-6-SAJ 832 de 27 de marzo de 2017 “por medio de la cual se negó una petición” y su constancia de notificación, Resolución n° 22087 de 30 de junio de 2017 “por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”, solicitud de conciliación prejudicial radicada el 20 de octubre de 2017, Resolución n° 1219 de 20 de octubre de 2017 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”, Consolidado cuantía de la demanda -01Cuaderno1(fl. 1-220)-.

b. Demandada:

- **Actuación administrativa -02Cuaderno2(AnexosDemanda)-.**

11. TRASLADO DE EXCEPCIONES.

A través del artículo 175 del CPACA, el 19 de febrero de 2020 se corrió traslado a la parte demandante de las excepciones; **(i). Prescripción trienal laboral, (ii). Carencia de objeto y (iii). Cumplimiento de un deber legal.**

No hubo pronunciamiento de la parte demandante, respecto de las excepciones.

12. SENTENCIA ANTICIPADA -ART. 182A CPACA-

Por auto n° 292 de 24 de julio de 2023 se aprovechó la figura de sentencia anticipada contenida en el artículo 182A del CPACA, en atención a que esta causa es un asunto de “...*pleno derecho*” y a que “...*las pruebas solicitadas por las partes son impertinentes, inconducentes o inútiles.*” - *13PruebasFijaLitigioAlegatos-*.

Así las cosas, se decretaron y practicaron las pruebas aportadas en la demanda, la reforma y en la contestación, y se negaron las pruebas solicitadas por la demandante y la demandada, en tanto los documentos peticionados, ya se encontraban en el expediente y se cerró el periodo probatorio. Se fijó el litigio, se determinaron los hechos sobre los que no existe manto de duda y respecto de los cuales, no existe acuerdo entre las partes, se dejó en claro cuales son las pretensiones de la demanda y el problema jurídico se planteó de la siguiente manera:

- a) *Que la señora GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET tiene derecho a la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.*
- b) *Que la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 es factor salarial y;*
- c) *Que se debe aplicar la prescripción trienal y en su defecto, puede afectar total o parcialmente el periodo reclamado en la demanda.*

Finalmente se corrió traslado a las partes, para presentar las alegaciones por escrito - *13PruebasFijaLitigioAlegatos-*.

13. ALEGACIONES FINALES

Oportunidad que fue aprovechada, solo por la parte demandada. El Ministerio Público, guardó silencio.

En esta ocasión, la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** se mantuvo en su tesis inicial y agregó que según el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992, todo régimen salarial contrario a la Ley ibidem, carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos. Luego dice que “...la Fiscalía General de la Nación, ha liquidado y cancelado al demandante el 100% de las prestaciones sociales sobre el 100% del salario asignado para su cargo, durante el año 2003” el cual se menciona, pues a su juicio, quedó demostrado en la fijación de litigio que la demandante se retiró de la FGN el 31 de diciembre de 2003, “...toda vez que los decretos salariales para los servidores de la Fiscalía del año 2003 en adelante no incluyeron la prima especial de servicios por lo tanto, no se estableció como antes del 2003, que el 30% del salario básico era pagado a título de prima especial, caso en el cual se les pagaba las prestaciones sociales solamente sobre el 70% que correspondía al salario básico...”; y concluye “En este orden a la demandante desde el año 1993 y hasta el año 2002, si se le descontó el 30% para pagarlo como prima especial, esto en cumplimiento de los decretos salariales proferidos por el Gobierno Nacional para cada año, lo cual indica que para esos años si se liquidaron las prestaciones sociales sobre el 70% del salario básico, sin embargo la reclamación administrativa data de 2017, (...), existe prescripción, sobre la prima especial y prestaciones salariales reclamadas”. Reitero su postura respecto de la excepción de prescripción sobre el periodo reclamado por la demandante, sin embargo, reconoce que los aportes a pensión no prescriben, por lo manifiesta su voluntad de cotizarlos si, la sentencia considera oportuno hacerlo.

Se refirió al fallo de unificación que reguló la materia el 15 de diciembre de 2020 en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1251 de 2009, que fija la remuneración de “...el Juez Penal del Circuito Especializado, el Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado, el Fiscal Delegado ante Juez Penal del Circuito Especializado, el Juez de Dirección o de Inspección y el Fiscal ante el Juez de Dirección o de Inspección, será igual al 47% del 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente un Magistrado de Alta Corte. A partir del 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al 47.9% del valor correspondiente al 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de Altas Cortes” y con el artículo 2º ibidem; “para la vigencia de 2009, la remuneración que por todo concepto perciba el Juez del Circuito, el Fiscal Delegado ante Juez de Circuito, el Juez de División, o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo, o de Policía Metropolitana y el Fiscal ante Juez de División, o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo, o de Policía Metropolitana será igual al 43% del valor correspondiente al 70% de lo que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de Altas Cortes. A partir del 2010, y con carácter permanente, dicha remuneración será equivalente al 43% del valor correspondiente al 70% de lo

que por todo concepto perciba anualmente el Magistrado de Altas Cortes.”. Agregó que el cargo desempeñado por la demandante se encuentra regulado por el Decreto 1251 de 2009 y los funcionarios allí mencionados tienen un límite en su remuneración anual, con vigencia a partir de las anualidades del año 2009 y 2010 correspondiente a lo que por todo concepto devenga un Magistrado de Alta Corte, por lo que es estas normas las que se deben aplicar y no otras.

14. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y, a esta Sala de Conjuces por sorteo celebrado el 31 de enero de 2023.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala hace una revisión de las actuaciones hasta ahora surtidas en este medio de control, encontrando que todas han seguido al pie de la letra los rigores legales y jurisprudenciales, al paso que no halló causal alguna de nulidad, impedimento o recusación en el que pudieran estar incurso los Conjuces que integran esta sala de decisión.

Sin embargo, es necesario **ACLARAR** que en el momento en que se radica esta demanda -27 de noviembre de 2017- la Oficina Judicial le asignó el n° de radicación **17001233300020170083200** y se lo repartió al Despacho 003 de este Tribunal, luego cuando regresó del Consejo de Estado con la aceptación del impedimento de los Magistrados titulares de los despachos 001, 002, 003, 004 y 005, la Oficina Judicial, repartió este proceso al Despacho 006 de esta Corporación con el radicado n° **17001233300020190024000**, con el que se admitió la demanda y se continúan desde ese momento, conservando el último radicado asignado por la Oficina Judicial, pero ambos radicados pertenecen al mismo expediente.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

- a) *Que la Dra. GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET tiene derecho a la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.*

- b) *Que la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 es factor salarial y;*
- c) *Que se debe aplicar la prescripción trienal y en su defecto, puede afectar total o parcialmente el periodo reclamado en la demanda.*

d. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante reafirmar que este fallo acogerá en su integridad lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado*, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

e. PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Del cuerpo de la contestación de la demanda, la entidad demandada presentó las siguientes excepciones; *(i). Cumplimiento de un deber legal (ii). Carencia de objeto y (iii). Prescripción trienal laboral*, las cuales la sala pasará a pronunciarse por separado.

(i). Cumplimiento de un deber legal: Ciertamente la demandada incurrió en un error al interpretar la norma, desconoció derechos constitucionales de la demandante y disminuyó su remuneración, bajo el argumento de cumplir los decretos expedidos por el Gobierno, sin embargo; olvido que, en esta materia, ante una norma contraria a los intereses del trabajador, esta debe tenerse como no escrita, por tanto, no procede esta excepción.

(ii). Carencia de objeto: La prima especial de servicios reclamada en la demanda se sustancia no solo en la Ley 4ª de 1992, sino en la Sentencia de Unificación *SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado*, la cual reconoce la existencia de este derecho, para unos funcionarios, entre los cuales se encuentran los Fiscales Seccionales y Locales, homólogos de los Jueces de la Republica, por tanto, la reclamación realizada por la parte demandante, tiene sustento jurídico y en consecuencia, tiene objeto, por lo que también se negará esta excepción.

Ahora bien, frente a la **Prescripción trienal laboral** de esta, más adelante se dedicará un acápite para este tema y se decidirá si aprueba o niega esta excepción.

f. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

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

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

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

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

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

b) (...)”.

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

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

laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales***, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás

rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente¹:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos², se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

1 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

² Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

De acuerdo a lo anterior, con los postulados normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado³, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir el demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A FISCALES y OTROS HOMOLOGOS.

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no,

³ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2ª-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que la demandante inició su vinculación a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Seccional⁴ y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de esta prestación social, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de *no salarial*, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima *constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación*. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁵ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

⁴ Constancia laboral obrante a folios 206-207 del Cuaderno 1º, archivo digitalizado -01Cuaderno1(fls. 1-220)-.

⁵ *Artículo 1º. Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.*

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁶

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁷, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁸.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (Negritas fuera de texto)

6 Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

7 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

8 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la pensión de jubilación de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁹.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹⁰.

⁹Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

¹⁰ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹¹ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificador.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama el demandante, **SOLO reviste el carácter de factor salarial para efectos de cotización a pensión**, por ende, se declarará probada la excepción de cosa juzgada constitucional.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7° del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Cita de cita: Ibidem

administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁴. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así

¹⁴ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

lo explicó la Sección Segunda Subsección "B" al manifestar¹⁵: "[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]". En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial..."

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

"La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible"

Claramente, no basta con él solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁷, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación.

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?”

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación, se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** *los fallos de nulidad tienen efecto ex tunc, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.*
- **Tesis intermedia:** *en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁸. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una*

17 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹⁸ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: *“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: *“Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.*

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

- **Tesis estricta:** *hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)¹⁹.*

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** *esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²⁰. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha*

¹⁹ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²⁰ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.

- **De la tesis intermedia: esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.**
- **De la tesis estricta: esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores. (...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.**

Finalmente, en Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, se fijó una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²¹: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de

²¹ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.
Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.
2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. María Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, la Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Lo que significa que, si la reclamación administrativa fue iniciada el 23 de marzo de 2017, ***los periodos anteriores al 23 de marzo de 2014 fueron afectados por el fenómeno de la prescripción trienal laboral.***

Prescripción frente a los aportes a pensión:

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²²

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo, por el periodo comprendido entre *el 1 de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 2003* y consignar al fondo de pensiones -COLPENSIONES-, las diferencias no pagadas por todo el periodo desde que la demandante viene ocupando el cargo de Fiscal Seccional.

16. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

²² Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

17. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

17.1. CASO EN CONCRETO.

Quedo claro que la demandante **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** viene laborando al servicio de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en el cargo de **FISCAL SECCIONAL** por el periodo comprendido entre el **2 de febrero de 1981 y hasta el 31 de diciembre de 2003**, que renunció y comenzó a disfrutar de su pensión.

17.2. CONCLUSIONES.

De acuerdo con lo estudiado, se arribó a las siguientes conclusiones.

1. Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, equivalente al 30% del salario básico, sobre el 100% de este y no del 70% de este, como se hizo.

²³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia precisa que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

2. La prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 SOLO constituye factor salarial para efectos de la liquidación de los aportes a salud y pensión, por lo que debe la demandada reliquidar dichos aportes, teniendo en cuenta esta prestación social y consignar al fondo de pensiones, escogido por la demandada las diferencias causadas.
3. La prescripción se aplica frente a la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, este fenómeno se interrumpe con la exigencia del derecho el cual fue el **23 de marzo de 2017** y opera contados tres años atrás, de esta fecha. En el caso en concreto, prescribieron los periodos anteriores al **23 de marzo de 2014** y dado que el periodo reclamado es anterior a esta fecha, de lógica se deduce que todo el periodo reclamado esta prescrito. No ocurre lo mismo con los aportes a pensión, los cuales, nunca prescriben, y en consecuencia debe la demandada reliquidar los aportes causados por la demandada mientras estuvo vinculada a la Fiscalía General de la Nación en calidad de Fiscal Seccional - **el 1 de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 2003-** y consignar las diferencias causadas al fondo de pensiones, escogido por la demandante.
4. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.

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

18. FALLA

PRIMERO: ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado.*

SEGUNDO: Declárense **IMPROSPERAS** las excepciones de (i). *Carencia de objeto*, (ii) *Cumplimiento de un deber legal*, y en consecuencia declárense la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- *Resolución DS-16-12-6-SAJ0832 de 27 de marzo de 2017.*
- *Resolución n° 2-2087 de 30 de junio de 2017.*

TERCERO: Se declara la **PROSPERIDAD** de la excepción *“prescripción extintiva del derecho laboral”* y en consecuencia la ocurrencia

de este fenómeno sobre todo el periodo reclamado - *el 1 de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 2003-*.

CUARTO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, solo constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la *pensión de jubilación* y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido entre el - *el 1 de enero de 1993 y hasta el 31 de diciembre de 2003-*, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones.

QUINTO: NEGAR las demás pretensiones.

SEXTO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189 y 192 del CPACA.

SEPTIMO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

OCTAVO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **DEVUELVA** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 8 de septiembre de 2023.

Los Conjuces:


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE

Ponente


LILIANA EUGENIA GARCIA MAYA

Revisora


JOSE NICOLAS CASTAÑO GARCIA

Revisor

CONSTANCIA SECRETARIAL: el presente medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos fue devuelto del H. Consejo de Estado, revocando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de cuatro (04) cuadernos en el expediente electrónico y un (01) expediente en físico con 168 folios.

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-33-000-2017-00876-00 (68823)
Proceso: Protección De Los Derechos E Intereses Colectivos
Accionante: Javier Elías Arias Idárraga
Demandado: Municipio de Aránzazu y Corporación Autónoma Regional De Caldas – Corpocaldas.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 054

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado revocó la sentencia proferida por este Tribunal el día 20 de mayo de 2022, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 158

FECHA: 11/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **3e919cdf30ebbd1867406510d24efc994562bf219d8550173447fed08f9cace7**

Documento generado en 08/09/2023 11:10:27 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

CONSTANCIA SECRETARIAL: La presente controversia contractual fue devuelta del H. Consejo de Estado, confirmando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de ocho (08) cuadernos físicos.

Manizales, ocho (08) de agosto de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-31-000-2007-00013-00 (64986)
Proceso: Controversia Contractual
Demandante: Caja de Previsión social de Comunicaciones - CAPRECOM
Demandado: Municipio De La Dorada
Llamado en garantía: Ángel Antonio González Páez y Héctor Jaime Morales Zapata.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 053

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por este Tribunal el día 28 de agosto de 2019, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



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

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

Código de verificación: **e3d45a2391d6c078031260a2ca289608374a4a60a9de76c01d653f282abd20d8**

Documento generado en 08/09/2023 11:10:08 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: La presente reparación directa fue devuelta del H. Consejo de Estado, Modificando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de ocho (08) cuadernos físicos.

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-31-000-2009-00376-00 (56946)
Proceso: Reparación Directa
Demandante: María Del Carmen Gómez Caicedo, Luis Fernando Moreno Marín, Paula Andrea Moreno Marín, Eneriet Moreno Marín, Eneriet Moreno Gómez, Vanessa Moreno Rendón y Yamile Marín Ramírez
Demandado: Nación, Ministerio de Defensa y Ejército Nacional.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 052

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado modificó la sentencia proferida por este Tribunal el día 15 de octubre de 2015, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 158

FECHA: 11/09/2023

**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas**
Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **6b5a669cc3e83270a189009bcc1c999c50038bf29acf688321a96f2e7ad1b4c8**

Documento generado en 08/09/2023 11:09:48 AM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando el auto del 29 de enero de 2021 proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de dos (2) cuadernos físicos y un expediente electrónico.

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-33-000-2019-00081-00
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: Rafael Cardona Posada
Demandado: Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional Y Contribuciones Parafiscales De La Protección Social - UGPP

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 051

Manizales, ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmo el auto del 29 de enero de 2021 proferido por este Tribunal, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 158

FECHA: 11/09/2023

**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas**
Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: 2042155857bbac0e620c4952ba806c70dd0a322acd48913efe5ccf39be58177f

Documento generado en 08/09/2023 11:09:28 AM

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