

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN	17001-23-33-000-2023-00207-00
CLASE	VALIDEZ DE ACTOS ADMINISTRATIVOS
DEMANDANTE	DEPARTAMENTO DE CALDAS
DEMANDADO	MUNICIPIO DE NEIRA - CALDAS, CONCEJO MUNICIPAL DE NEIRA CALDAS

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión de la presente solicitud de validez instaurada por el delegado del **GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS** a través de apoderado judicial, frente al artículo 03 del Acuerdo municipal nro. 014 del de 09 de septiembre de 2023, *“por medio del cual se otorgan facultades pro tempore al Alcalde Municipal de Neira , Caldas para adecuar, rediseñar, reorganizar e implementar un proceso de modernización de la estructura y planta de cargos de la administración central del municipio y se dictan otras disposiciones en lo relacionado con la Ley 2126 de 2021 ”*.

El Acuerdo fue remitido a la Gobernación de Caldas el 19 de septiembre de 2023, siendo remitido al Tribunal Administrativo de Caldas el 18 de octubre de 2023, ingresando efectivamente al Despacho para decidir sobre su admisión el 19 de octubre de 2023.

Por reunirse los requisitos formales **ADMITASE** la presente solicitud de validez, en consecuencia una vez **TRANSCURRIDOS DOS (2) DÍAS** de enviado el mensaje de datos de notificación (conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021), de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986, **FÍJESE EN LISTA POR EL TÉRMINO DE DIEZ (10) DÍAS**, durante los cuales el Procurador Judicial de la Corporación y cualquier otra autoridad o persona, podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del Acuerdo mencionado, y solicitar la práctica de pruebas.

NOTIFÍQUESE personalmente en la forma y en los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, al Ministerio Público, al alcalde del municipio de Neira - Caldas y al Concejo municipal de Neira- Caldas al correo electrónico informado en el escrito de validez.

Se deja constancia que en la notificación de esta providencia no se adjuntara copia de la demanda toda vez que conforme a los anexos allegados el Departamento de Caldas en cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA adicionado por la Ley 2080 de 2021, mediante correo electrónico del 10 de octubre de la presente anualidad se envió copia de la demanda y sus anexos a la Alcaldía de Neira - Caldas y al Concejo de Neira – Caldas conforme al anexo obrante en el PDF nro. 02 del expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 187 del 23 de octubre de 2023.

Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **3e1d81f429c9b3f5710ee7ad988c1c68722207a2d756a3ea834f1d18996cde94**

Documento generado en 20/10/2023 11:47:55 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Medio de control	Repetición
Radicación	17 001 33 33 002 2016 00020 02
Demandante	Nación – Rama Judicial – Dirección de Administración Judicial
Demandado	María Eugenia Santa García
Providencia	Sentencia No. 194

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones de la demanda, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de julio de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

La accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“Primero: Que se declare responsable a la doctora María Eugenia Santa García de los perjuicios ocasionados a la Nación - Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por la condena administrativa de la que fue objeto por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales mediante fallo de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010), y que fuera confirmada por el Tribunal Administrativo de Caldas en sede de segunda instancia el diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012), al reconocer y ordenar el pago debidamente indexado y a título de indemnización, de los valores dejados de percibir por el señor Luis Gabriel Herrera Chica desde el momento en que fue terminada su relación legal y reglamentaria con la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial.

Segundo: Que se condene a la doctora María Eugenia Santa García a cancelar la suma de doscientos doce millones cuatrocientos setenta y

cuatro mil ochocientos setenta y ocho pesos m/cte (\$212.474.878,00) a favor de la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, suma que equivale a lo que fue pagado por mi representada al señor Luis Gabriel Herrera Chica con el fin de dar cumplimiento a la sentencia condenatoria proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales y en segunda instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas.

Tercero: Que los dineros que se paguen a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial sean debidamente indexados.

Cuarto: Que se condene a la doctora María Eugenia Santa García a cancelar los intereses comerciales a favor de la Nación Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin a este proceso.

Quinto: Que se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor.

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que mediante resolución número 004 de 2 de febrero de 2006, el señor Luis Gabriel Herrera Chica fue nombrado en provisionalidad como asistente judicial en el Juzgado Décimo Civil municipal de Manizales.
- *“Que mediante resolución 008 de 6 de abril de 2006, se nombró al señor en mención, en el mismo cargo”* (SIC)
- Que mediante resolución 008 de 25 de mayo de 2006 la titular del Juzgado en mención, doctora María Eugenia Santa García, declaró insubsistente al señor Luis Gabriel Herrera Chica; quien presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial con el fin de declarar la nulidad del acto que lo desvinculó y se ordenara su reintegro, proceso con radicado número 2006 00053.
- Que el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, mediante sentencia de 21 de junio de 2010, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad de la resolución 008 de 25 de mayo de 2006 y, ordenó el reintegro del demandante, así como pagar a título de indemnización el equivalente a salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha que fue retirado del servicio hasta su reintegro.

- Que en segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Caldas profirió sentencia, revocando el numeral tercero, que dispuso descontar las sumas de dinero percibidas por el actor, por el ejercicio de otro empleo público, y confirmó en lo demás la sentencia de primera instancia.
- Que en cumplimiento del fallo condenatorio, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial pagó al señor Luis Gabriel Herrera Chica la suma de \$212.474.878.
- Que, el comité de defensa judicial y conciliación, en sesión del día 22 de diciembre de 2015, concluyó que era procedente la interposición de demanda dentro del medio de control de repetición contra la señora María Eugenia Santa García, por cuanto el hecho de declarar tácitamente la insubsistencia del señor Luis Gabriel Herrera Chica, sin mediar acto administrativo debidamente motivado, constituyó, a su juicio, una conducta gravemente culposa que acarreó consecuencias económicas para la entidad.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere el apoderado de la demandante como normas vulneradas las siguientes:

- Artículo 132 de la ley 270 de 1996
- Parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004

Manifiesta la demandante la necesidad de motivación del acto de declaratoria de insubsistencia, considerando que es procedente la repetición en este caso, por la transgresión de la demandada de las disposiciones constitucionales y legales relacionadas con ello.

Y, considera viable en este caso la demanda dentro del medio de control de repetición, por haber causado uno de sus agentes, daño antijurídico a un particular, por lo cual fue condenado el Estado, en este caso, porque la Rama Judicial reconoció y pagó al señor Luis Gabriel Herrera Chica la suma de \$137.192.266 en virtud del fallo condenatorio dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; y, considerando la conducta de la demandada como culpa grave, contenida en el numeral 3 del artículo 6 de la ley 678 de 2001.

4. Contestación de la demanda. (Fls. 68 a 103 C. 1)

La demandada señora María Eugenia Santa García contestó la demanda aduciendo que, es cierto que mediante resolución 008 de 6 de abril de 2006, se nombró al señor Luis Gabriel Herrera Chica en provisionalidad para ocupar el cargo de asistente judicial, ante la licencia no remunerada solicitada por quien ocupaba el cargo en propiedad; y que, mediante resolución de 008 de 25 de mayo de 2006, no se efectuó ninguna declaración, sino que se designó al señor Wilson Hernán Santacoloma Mejía en provisionalidad, en reemplazo del señor Luis Gabriel Herrera Chica, en la misma calidad, siendo un evento de insubsistencia tácita.

Refiere que, si bien es cierto en el acto administrativo que se discutió, se encabezó *“Por medio del cual se acepta una renuncia y se hace un nombramiento”*, en el contenido del acto no se hace referencia a la renuncia del cargo, aduciendo que ésta no existió, y que se trató de un error de digitación.

Relata que, al proferirse la resolución de desvinculación del cargo, no existía en el ordenamiento jurídico norma alguna que dispusiera que, el retiro de empleados nombrados en provisionalidad, tuviera que hacerse mediante acto motivado; y que, contrario a ello, el único criterio del Consejo de Estado, era que la remoción de éstos era discrecional.

Propone las excepciones que denominó *“Falta de legitimación para demandar”*, *“Improcedencia de la acción de repetición por ausencia de dolo o culpa grave”*, *“Deficiencia de defensa técnica en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la acción de repetición”*, *“Vulneración al debido proceso por no haber sido citada o llamada en garantía dentro del proceso primigenio”*, y, *“Defecto en que se incurrió en sede de segunda instancia”*.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 255 a 263 C.1)

Mediante sentencia 250 de 31 de julio de 2019 el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales resolvió:

“Primero: Negar las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de repetición instauró la Nación – Rama Judicial en

contra de la señora María Eugenia Santa García, conforme lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandante, en favor de la demandada en los términos indicados en la parte motiva de la providencia.

Su liquidación se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del CGP.

Tercero: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere. ARCHÍVENSE LAS diligencias previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia Siglo XXI.”

Cuarto: La presente sentencia se notificará en los términos señalados en el artículo 203 del CPACA”.

Hace la Juez un estudio sobre el régimen legal aplicable a la acción de repetición, y sostiene que para que se pueda ejercer la misma se debe acreditar la condena del Estado a reparar un daño antijurídico causado por un particular; el pago efectivo a la víctima del daño; y, la conducta dolosa o gravemente culposa del agente como factor determinante de la condena.

Sostiene que se encuentra demostrado en este asunto que, a la Nación – Rama Judicial se le ordenó el reintegro del señor Luis Gabriel Herrera Chica al cargo de asistente judicial, y al pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por éste, desde la fecha de retiro, hasta el efectivo reintegro, ello en virtud de la sentencia judicial que así lo dispuso.

Refiere la Juez que, se encuentra acreditado el pago de la condena impuesta con la copia de la resolución 3158 de 23 de abril de 2015, mediante la cual se da cumplimiento a la sentencia, y la constancia de cancelación de los valores ordenados en la resolución en mención.

Así mismo, encontró acreditada la calidad de agente del Estado de la demandada señora María Eugenia Santa García, en su condición de Juez Décima Civil Municipal de Manizales.

Continúa la Juez con el estudio de la conducta dolosa o gravemente culposa de la demandada, y, luego de hacer un análisis normativo, del acto que fue objeto de demanda dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la sentencia proferida, y jurisprudencia del Consejo de Estado; hace

un estudio de la evolución jurisprudencial en materia de actos de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad; exponiendo que, la parte demandante, consideró que la demandada, incurrió en conducta gravemente culposa, teniendo como único fundamento las consideraciones de la jurisdicción Contenciosa Administrativa para anular el acto demandado, mediante el cual se declaró insubsistente al señor Luis Gabriel Herrera Chica; ello, sin tener en cuenta que, para la época de expedición del acto demandado, el Consejo de Estado tenía consolidada la tesis que no había fuero de inamovilidad para quienes se desempeñaban en provisionalidad, por lo que, estaban sujetos al ejercicio de la facultad discrecional, pudiendo ser separados del servicio sin motivación alguna.

Concluye que, no se puede considerar la conducta de la demandada como gravemente culposa, por lo que, hay lugar a negar las pretensiones de la demanda y; condenar en costas a la parte demandante, por haber resultado vencida dentro del proceso.

6. Recurso de apelación.

Parte demandante. (Fls. 266 a 268 C. 1).

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, considerando contradictorio el argumento que, el Consejo de Estado aceptaba como viable el retiro de servidores sin motivación, y por ello negar las pretensiones de la demanda de repetición; y, a la vez, ser condenada la Rama Judicial en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por dicha situación, argumentando todo lo contrario.

Sostiene que las sentencias generadoras del pago indican que existió una falsa motivación, incluso, expone el Tribunal la necesidad de motivar el acto de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad; y que, no acceder a la pretensión de repetición, sería desconocer su propio fallo, el cual incluso cita la sentencia SU 917 de 2010, la cual se pronuncia sobre los actos administrativos de desvinculación.

Así mismo, sostiene que, el hecho de declarar tácitamente la insubsistencia del nombramiento del señor Luis Gabriel Herrera Chica, sin mediar acto

administrativo constituye una conducta gravemente culposa; con la cual se vulneraron normas del derecho sustancial, y procesal al desvincularse del cargo sin un acto motivado.

Expone que, en lo que respecta de la culpa grave o el dolo en la conducta de la demanda, si concurre respecto de la señora Santa García, que se encuentra acreditado que, su conducta fue la que originó la condena impuesta por el Juzgado Segundo Administrativo y confirmada por el Tribunal, solicitando que no se declaren probadas las excepciones propuestas, y se acceda a las pretensiones de la demanda.

7. Alegatos de conclusión.

- Parte demandante (Fls. 14 a 16 C. 2)

La demandante Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presenta su escrito de alegatos de conclusión reiterando lo expuesto en el recurso de apelación presentado, con relación a la procedencia de la acción de repetición en este asunto, por haber proferido la demandada un acto administrativo de insubsistencia con falsa motivación, incurriendo en culpa grave o dolo por su actuación.

- Parte demandada (Fls. 17 a 25 C. 2)

La demandada presenta su escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y aduce la ausencia de prueba del elemento subjetivo del comportamiento doloso o gravemente culposo, y que, en ninguna de las sentencias proferidas en la jurisdicción Contenciosa Administrativa se calificó su actuar de esa manera.

Itera, que la denominación del acto administrativo demandado, obedeció a un error formal, al denominarlo “*se acepta una renuncia y se hace un nombramiento*”, y que en ese caso, se dio una insubsistencia tácita.

Afirma que la parte demandante no está legitimada para demandar en este caso a la señora María Eugenia Santa García, por cuanto ello solo se permite, respecto de los agentes que hayan actuado con conducta dolosa o gravemente culposa, no siendo este el caso.

Finalmente, solicita se condene a la parte demandante a la condena en costas por interponer una acción de repetición de manera temeraria, sin que se encuentre acreditada la conducta gravemente culposa por parte de la demandada.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 20 de enero de 2021, que se encuentra a folio 26 del cuaderno 2.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver.

Los problemas jurídicos a resolver en este asunto, se centran en las discusiones planteadas en los recursos de apelación.

¿ La señora María Eugenia Santa García es responsable a título de culpa grave de la condena en virtud de la cual la Rama Judicial se vio obligada a cancelar una suma de dinero, con ocasión de la sentencia proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado número 2006 00059, donde se ordenó el reintegro del señor Luis Gabriel Herrera Chica al cargo igual o superior al que desempeñaba en el Juzgado Décimo Civil municipal de Manizales; y el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta su reintegro efectivo?

2. Análisis jurisprudencial.

Con relación a la constitucionalidad de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, que contemplan las presunciones de dolo y culpa grave la Corte Constitucional¹ consideró:

“(…) Igualmente, según la jurisprudencia constitucional las presunciones de carácter legal no comprometen, en principio, el debido proceso pues

¹ C-374 de 2002.

"nada obsta para que el legislador, con el fin de dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes y de proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, respetando las reglas de la lógica y de la experiencia, establezca presunciones legales. En estos casos, la ley reconoce la existencia empírica de situaciones reiteradas y recurrentes, comúnmente aceptadas, para elevarlas, por razones de equidad, al nivel de presunciones".

Hechas estas observaciones resulta claro que el establecimiento de las presunciones legales de dolo y de culpa grave en los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001 no implican la atribución de culpabilidad alguna en cabeza del demandado en acción de repetición que, de contera, acarree desconocimiento del principio superior de la igualdad, puesto que constituyen un mecanismo procesal que ha sido diseñado por el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional para configurar las instituciones procesales y definir el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (arts. 124 y 150 Superiores), con el fin de realizar el mandato del inciso segundo del artículo 90 de la Carta Política que le ordena al Estado repetir contra sus agentes cuando éstos en razón de su conducta dolosa o gravemente culposa han dado lugar a una condena de reparación patrimonial en su contra.

En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.

Se puede concluir que la presunción establecida en el artículo 5 de la Ley 678 de 2001 es legal, y no de derecho; y ello, abre la puerta a los accionados para que desplieguen su capacidad probatoria en aras de desvirtuarla. (...)"

3. Análisis fáctico.

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

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

- Copia de la resolución número 008 de 25 de mayo de 2006, mediante la cual la Juez Décima Civil Municipal de Manizales, señora María Eugenia Santa García aceptó una renuncia e hizo un nombramiento; acto mediante el cual expuso que el señor Luis Gabriel Herrera Chica laboró en su Despacho judicial, en el cargo de Asistente Judicial en provisional hasta el 24 de mayo de 2006; por lo que, se hacía necesario designar a un apersona en su reemplazo, nombrando al señor Wilson Hernán Santacoloma Mejía (Fl. 109 C. 1)

- Copia de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, el 21 de junio de 2010, dentro del proceso con radicado 2006 00059 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho cuyo demandante era el señor Luis Gabriel Herrera Chica y la demandada la Nación – Rama Judicial en la cual se resolvió (Fls. 12 a 18 C. 1):

“1. DECLARASE la nulidad de la Resolución No 008 del 25 de mayo de 2006, mediante la cual la JUEZ DÉCIMA CIVIL MUNICIPAL desvinculó del cargo de Asistente Judicial al señor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA.

2. Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA al Municipio de Manizales a reintegrar al señor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 16.075.283 al servicio en un cargo de Igual o superior categoría, como también a pagar a título de Indemnización lo equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta cuando opere su reintegro efectivo. Las sumas que se paguen a favor del actor se indexarán, en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente formula:

R = Rh X Índice final Índice inicial

(...)

Para todos los efectos legales se considerará que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios por parte del actor, entre la fecha del retiro, y la fecha en que se produzca el reintegro al cargo.

Pero en todo caso, tal como se indicó en la parte considerativa, el reintegro del actor queda supeditado a que el cargo no se encuentre provisto por el titular, en atención a las normas de carrera judicial.

3. ORDENASE a la NACIÓN RAMA JUDICIAL descontar lo que haya percibido el actor, por el ejercicio de otro empleo público, durante el lapso que abarca la condena, de conformidad con lo prescrito en el artículo 128 de la Constitución política.

4. La NACIÓN - RAMA JUDICIAL cumplirá la presente providencia en la forma y en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, 5. NO SE CONDENA al pago de costas del proceso,

6. Ejecutoriada esta providencia, por la Secretaría liquídense los gastos ordinarios del proceso, previa deducción de los que se hubieren causado por ese concepto.

- Copia de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 10 de diciembre de 2012, dentro del proceso con radicado 2006 00059, en la cual se resolvió: (Fls. 19 a 30 C. 1)

“Primero: Revocar en su totalidad el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de

Manizales el día 21 de junio de 2010, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Luis Gabriel Herrera Chica contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y en su lugar, se dispone que no habrá a descontar, por parte de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y en su lugar, se dispone que no habrá lugar a descontar, por parte de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, cualquier suma de dinero que haya percibido el actor, por el ejercicio de otro empleo público durante el lapso que abarca la condena, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo. Confirmase, en lo demás, la sentencia proferida el 21 de junio de 2010 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Luis Gabriel Herrera Chica contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial. (...)

- Copia de la corrección de sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales de 5 de junio de 2013 en la que se resolvió (Fls. 42 y 43 C. 1):

“Primero: Corregir la sentencia No. 76 de 21 de junio de 2010, notificada por edicto No. 00191 fijado el 25 de junio de 2010, y desfijando dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho por el señor Luis Gabriel Herrera Chica, en contra de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en el sentido de enmendar numeral segundo de la parte resolutive. En consecuencia, dicho numeral quedará de la siguiente manera:

Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, a reintegrar al señor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No 16.075.283 al servicio en un cargo de Igual o superior categoría, como también a pagar a título de Indemnización lo equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta cuando opere su reintegro efectivo. Las sumas que se paguen a favor del actor se indexarán, en los términos del artículo 178 del C.C.A., dando aplicación a la siguiente formula: (...)

- Copia de la resolución número 3158 de 23 de abril de 2015, proferida por la Dirección Ejecutiva de la Administración Judicial (Fls. 44 a 54 C. 1), mediante la cual se da cumplimiento a una sentencia en el siguiente sentido:

“ARTÍCULO PRIMERO Reconocer que la suma de BOSCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ML (\$212.474.878), por los conceptos discriminados en el cuadro resumen y por las razones señaladas en la parte motiva de la presente resolución, corresponden a la liquidación de la sentencia a favor del Doctor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, identificado con cédula de ciudadanía N° 16.075,283, por concepto de cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante

sentencia de fecha veintiuno (21) de junio de dos mil diez (2010), corregida, mediante AUTO INTERLOCUTORIO de fecha cinco (5) de junio de dos mil trece (2013), y revocada parcialmente frente al descuento de los tiempos laborados en otras Entidades del Estado por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, Sala de Decisión, mediante sentencia de fecha diez (10) de diciembre de dos mil doce (2012), debidamente ejecutoriada el trece (13) de junio de dos mil trece (2013).
ARTÍCULO SEGUNDO - Deducir del valor establecido en el artículo primero de esta resolución y pagar a la DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONAL-DIAN - la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS ML (\$3.603.852), por concepto Retención en la fuente.

ARTÍCULO TERCERO - Deducir del valor establecido en el artículo primero de esta resolución y pagar a PORVENIR S.A.- AFP., la suma de CUATRO MILLONES CIENTO TREINTA Y DOS MIL CIENTOS PESOS ML. (\$4.132.100), por concepto descuentos de pensión.

ARTÍCULO CUARTO - Deducir del valor establecido en el artículo primero de esta resolución y pagar a PORVENIR SA. AFP la suma de DOCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS PESOS ML. (\$12.396.300), por concepto aportes empleador en pensión.

ARTÍCULO QUINTO. - Deducir del valor establecido en el artículo primero de esta resolución y pagar a E.P.S COOMEVA, la suma CUATRO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTOS PESOS ML. (\$4.157.100), por concepto descuentos de salud.

ARTICULO SEXTO. - Deducir del valor establecido en el artículo primero de esta resolución y pagar a E.P.S COOMEVA, la suma de OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL CIENTOS PESOS ML (\$8.800.100), por concepto de aportes empleador en salud.

ARTÍCULO SÉPTIMO. - Deducir del valor establecido en el artículo primero de esta resolución y pagar a PORVENIR S.A. - CESANTIAS, la suma de CATORCE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL CIENTO VEINTIUN PESOS ML. (\$14.951.121). por concepto de cesantías.

ARTÍCULO OCTAVO. - Reconocer personería jurídica a el doctor GABRIEL DARIO RÍOS GIRALDO, identificado con cédula de ciudadanía N° 7.543.544. tarjeta profesional N°. 85.616, expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, quien actúa como apoderado del Doctor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA.- 30% Honorarios Profesionales,

ARTÍCULO NOVENO-GIRAR el doctor GABRIEL DARIO RIOS GIRALDO, identificado con cédula de ciudadanía N° 7543.544, tarjeta profesional N° 85.616, la suma de SESENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS CUARENTA DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ML (\$63.742.463); correspondiente a la liquidación de los Honorarios 30%.

ARTICULO DÉCIMO Una vez realizadas las/deducciones de ley señaladas en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 9 de la presente resolución, GIRAR al Doctor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, identificado con cédula de ciudadanía N° 16.075.283, la suma de CIENTO MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y

DOS PESOS ML (\$100.691.842); correspondiente a la liquidación de la sentencia.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO - Los pagos inherentes a la presente resolución, serán atendidos con cargo al presupuesto de rentas y recursos de capital y la ley de apropiaciones de la Rama Judicial, para la actual vigencia fiscal, de la Unidad 02 rubro 36110 recurso 10, y afecta parcialmente en la suma de DOSCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS ML (\$212.474.878) el CDP N° 815 del 2 de enero 2015, expedido por el Director Administrativo de la División de Ejecución Presupuestal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

ARTICULO DÉCIMO SEGUNDO - La División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, verificará que los beneficiarios o su apoderado otorguen el PAZ Y SALVO correspondiente a la Nación. Si en 10 días contados a partir de la consignación de los dineros no se ha recibido el mencionado documento, se entenderá que los beneficiarios o su apoderado están de acuerdo con la liquidación y declararán a la entidad a Paz y Salvo, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 768 del 23 de abril de 1993.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO - Una vez efectuado el pago, la División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, deberá al día siguiente remitir el acto administrativo y sus antecedentes al Comité de Conciliación para los fines pertinentes, de conformidad con el Decreto 1716 del 14 de mayo de 2009. ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO - La presente resolución rige a partir de la fecha de

expedición y contra ella no procede recurso alguno, por tratarse de un acto de ejecución (Artículo 75 de la Ley 1437 de 2011)."

- Copia de la constancia CPLTES 15 – 660 de 8 de octubre de 2015, expedida por la directora administrativa de la División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Fl. 55 C. 1) de la que se extrae:

“Que de conformidad con lo ordenado por la Resolución No. 3158 del 23 de abril de 2015 “Por medio de la cual se da cumplimiento a una sentencia”, se reconoce a favor del señor Luis Gabriel Herrera Chica, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.075.283; la suma de “212.474.878

Que la división de Tesorería por intermedio del Sistema Integrado de información Financiera – SIIF Nación -, efectuó los siguientes pagos:

ORDEN DE PAGO	FECHA DE PAGO	BENEFICIARIO	CUENTA BANCARIA	VALOR BRUTO	DEDUCCIONES AL EMPLEADO	VALOR NETO PAGADO
111952215	05/05/2015	LUIS GABRIEL HERRERACHICA	BANCOLOMBIA Ahorros No. 85926181098	\$ 112.584.894	\$ -	\$ 100.691.842
111961015	05/05/2015	GABRIEL DARIO RIOS GIRALDO	DAVMENDA Corriente No. 005200126055	\$ 63.742.463	\$ -	\$ 63.742.463
		DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS - DIAN			\$ 3.603.852	
		PORVENIR - PENSION			\$ 4.132.100	
		COOMEVA - SALUD			\$ 4.157.100	
TOTALES				\$ 176.327.357	\$ 11.893.052	\$ 164.434.305
APORTES PATRONALES						
		PORVENIR - PENSION		\$ 12.396.300		\$ 12.396.300
		COOMEVA - SALUD		\$ 8.800.100		\$ 8.800.100
TOTAL APORTES PATRONALES				\$ 21.196.400		\$ 21.196.400
PAGO CESANTIAS						
		PORVENIR		\$ 14.951.121		\$ 14.951.121
TOTAL CESANTIAS				\$ 14.951.121		\$ 14.951.121
TOTAL SENTENCIA				\$ 212.474.878	\$ 11.893.052	\$ 200.581.826

Hoja No 2. De la Constancia de salarios No.CPLTES15-660 de Octubre 08 de 2.015, expedida a favor del doctor LUIS GABRIEL HWERRERA CHICA

RESUMEN DE LA SENTENCIA	
RESUMEN SALARIOS	
Salarios y demas prestaciones sociales	\$ 124.843.763
Cesantias	\$ 14.951.121
Indexacion	\$ 12.847.637
Intereses DTF- Moratorios	\$ 38.635.957
TOTAL DEVENGADO POR EL BENEFICIARIO	\$ 191.278.478
APORTES PATRONALES	
PORVENIR - PENSION	\$ 12.396.300
COOMEVA - SALUD	\$ 8.800.100
TOTAL APORTES DEL EMPLEADOR	\$ 21.196.400
TOTAL VALOR SENTENCIA	\$ 212.474.878

La presente constancia se expide en Bogotá, D.C., a los ocho (08) días del mes de Octubre de 2015, a solicitud verbal de la División de Procesos de la Unidad de Asistencia Legal de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Marcela Lesmes
MARCELA LESMES RODRIGUEZ
 Directora Administrativa División de Tesorería

Elaboró: Gloria Garzón.

4. Análisis jurídico probatorio.

Para determinar si la condena impuesta a la demandante Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial como consecuencia de haber declarado la insubsistencia implícita del señor Luis Gabriel Herrera Chica, quien ocupaba el cargo de asistente judicial en el Despacho del cual era titular la demandada señora María Eugenia Santa García, en calidad de Juez Décima Civil municipal de Manizales, tuvo su génesis en el *comportamiento gravemente*

culposo de la mencionada, se hace entonces necesario realizar un análisis de la normatividad referente al tema del medio de control de repetición.

Al respecto el artículo 90 de la Constitución Política establece:

“Artículo 90. *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”

El mandato Constitucional anterior fue desarrollado y concretado con la expedición de la Ley 678 del 03 de agosto de 2001, «*Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*», y por cuanto el hecho que dio origen a la presente demanda, sucedió en vigencia de la citada Ley 678 de 2001, el fondo del asunto de analizará con fundamento en ésta; la cual, en su artículo segundo la define como una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su **conducta dolosa o gravemente culposa** haya dado lugar a un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena u otra forma de terminación de un conflicto; y en los artículos 1 a 4 dispone:

“Artículo 1o. Objeto de la ley. *La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.*

Artículo 2o. Acción de repetición. *La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.*

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

Parágrafo 1o. *Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta ley.*

Parágrafo 2o. *Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.*

Parágrafo 3o. *La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.*

Parágrafo 4o. *<Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta ley, solidariamente junto con el delegatario.*

Artículo 3o. Finalidades. *La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.*

Artículo 4o. Obligatoriedad. *Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.*

El comité de conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.”

Por su parte, el artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, consagra el medio de control de repetición de la siguiente manera:

“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado”.

Los artículos 71 y 72 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia contemplan la responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales, y, la acción de repetición precedente en tales casos de la siguiente manera:

“Artículo 71. De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable.

2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación.

3. La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

Artículo 72. Acción de repetición. La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que éste es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles.

Dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Ministerio Público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial pueda ser llamado en garantía.”

El Consejo de Estado² ha considerado reiteradamente que, para la procedencia del medio de control de repetición, se deben acreditar los siguientes requisitos: i) la obligación reparatoria a cargo del Estado; ii) que el demandado tenga la calidad de servidor o ex servidor público o particular que ejerza o haya ejercido funciones públicas; iii) el pago de la obligación reparatoria; y iv) que la conducta dolosa y/o gravemente culposa del agente haya determinado el daño antijurídico por el cual se condenó al Estado.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2006. Rad 22099; sentencia del 6 de diciembre de 2006, Rad.: 22056; sentencia del 12 de diciembre del 2007, Rad.: 27.006; Subsección B, sentencia del 29 de mayo del 2014, Rad.: 42.183; Subsección A, sentencia del 10 de diciembre de 2018, Rad.: 60423.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia de 28 de junio de 2023. MP. Dr. Nicolás Yepes Corrales. Rad. 110013331033200800074 01 (67203)

También es cierto que el Consejo de Estado³ ha precisado que, los tres primeros requisitos son de carácter objetivo y están sometidos a las normas procesales vigentes al momento de la presentación de la demanda; en tanto que el último de ellos, es de carácter subjetivo y está sometido a la normativa vigente al momento de la ocurrencia de la acción u omisión determinante de la responsabilidad del Estado que generó el pago a su cargo y por cuya recuperación se adelanta la acción de repetición.

De igual manera recientemente ha sostenido el Consejo de Estado⁴:

“(...) Lo anterior, más allá de consistir en una metodología sugerida por la Sala, atiende a una lógica en la que, naturalmente, ante la ausencia de uno de estos elementos el análisis del subsiguiente carece de toda utilidad, pues aun ante su existencia, no será posible declarar la procedencia de la acción de repetición y, por ende, declarar patrimonialmente responsable al agente por los hechos que dieron lugar a la condena al Estado y condenarlo a reembolsar la suma de dinero que este pago. (...)”

4.1. De la calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena.

Se encuentra probada en este caso la calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena, pues se acreditó que, la señora María Eugenia Santa García demandada en este asunto, expidió la resolución número 008 de 25 de mayo de 2006, en calidad de Juez Décima Civil Municipal de Manizales, mediante la cual aceptó una renuncia e hizo un nombramiento; acto mediante el cual expuso que el señor Luis Gabriel Herrera Chica laboró en su Despacho judicial, en el cargo de Asistente Judicial en provisional hasta el 24 de mayo de 2006; por lo que, se hacía necesario designar a un apersona en su reemplazo, nombrando al señor Wilson Hernán Santacoloma Mejía.

4.2. La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado:

³ Sentencia de 28 de abril de 2001, expediente: 33407

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia de 28 de junio de 2023. MP. Dr. Nicolás Yepes Corrales. Rad. 110013331033200800074 01 (67203)

Frente a la existencia de una condena judicial, reposa dentro del proceso la copia de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, el 21 de junio de 2010, dentro del proceso con radicado 2006 00059 en del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho cuyo demandante era el señor Luis Gabriel Herrera Chica y la demandada la Nación – Rama Judicial en la cual se resolvió declarar la nulidad de la resolución No 008 del 25 de mayo de 2006, y, como consecuencia ordenó el reintegro del demandante al cargo que ocupaba o uno de superior categoría; y, a título de Indemnización lo equivalente a los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que fue retirado del servicio y hasta cuando opere su reintegro efectivo.

También copia de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 10 de diciembre de 2012, mediante la cual resolvió revocar el numeral tercero que ordenaba el descuento de las sumas devengadas por el demandante en ejercicio de otro empleo público, y confirmó en lo demás la sentencia proferida en primera instancia.

Y, finalmente, obra copia de la corrección de sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Manizales de 5 de junio de 2013, en cuánto en ésta se había dispuesto ordenar al municipio de Manizales el reintegro y pago de indemnización, entre tanto, correspondía a la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

4.3. El pago efectivo realizado por el Estado:

En cuanto el pago efectivo realizado por el Estado, la demandante Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial aportó copia de la resolución número 3158 de 23 de abril de 2015, mediante la cual se da cumplimiento a una sentencia, y, reconoce la suma de \$212.474.878 por ello; y copia de la constancia CPLTES 15 – 660 de 8 de octubre de 2015, expedida por la directora administrativa de la División de Tesorería de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial en la que expone que, de conformidad con lo ordenado por la resolución antes mencionada, reconoce a favor del señor Luis Gabriel Herrera Chica la suma de \$212.474.878, suma que se pagó por intermedio del Sistema Integrado de información Financiera – SIIF Nación.

Ahora bien, acreditados como están los primeros tres elementos de carácter objetivos, procede la Sala con el estudio del elemento subjetivo relacionado con que la conducta dolosa y/o gravemente culposa del agente haya determinado el daño antijurídico por el cual se condenó al Estado.

5. La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

El Consejo de Estado, ha considerado que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, en las acciones de repetición, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso, en armonía con lo previsto en los artículos 6 y 91 de la Constitución Política en relación con la responsabilidad de los servidores públicos y con la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

Para que proceda la declaratoria de responsabilidad patrimonial del servidor o ex servidor público, debe resultar probado en el plenario que este actuó con culpa grave o dolo. En tal sentido, respecto de las nociones de culpa grave y dolo, la Ley 678 de 2001 en su artículo 6° sin la modificación introducida por la ley 2195 de 2022 disponía lo siguiente:

“Artículo 6o. Culpa grave. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error - inexcusable.*
- 4. Violar el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”*

Al respecto, la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de los artículos 5o. y 6o. de la Ley 678, por los cargos analizados en la sentencia, *-violación del*

principio de igualdad, presunción de inocencia y principio de la buena fe-, procedió al estudio de la causal en la sentencia C-778/037⁵, consideró:

«En efecto, con estas presunciones legales de dolo y culpa grave el legislador busca hacer efectivo el ejercicio de la acción de repetición en la medida en que el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá probar solamente el supuesto fáctico en el que se basa la presunción que alega para que ésta opere, correspondiéndole al demandado la carga de desvirtuar el hecho deducido a fin de eximirse de responsabilidad, con lo cual no sólo se garantiza su derecho de defensa sino que se logra un equilibrio en el debate probatorio que debe surtirse en esta clase de actuaciones, sin que pueda pensarse que por esta circunstancia se vulnera el debido proceso.

“Estos propósitos quedaron consignados en la exposición de motivos al proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley 678 de 2001, donde se justificó el régimen de presunciones contemplado en las normas impugnadas al reconocer que “el legislador debe facilitar el debate probatorio para no hacer de la acción de repetición una misión imposible. Señalar causales de presunción de dolo y la culpa grave resulta conveniente y necesario, puesto que en el proceso de repetición sólo deberá probarse el supuesto de hecho en que se funda la presunción, con el objeto de invertir la carga de la prueba para hacer de la acción una herramienta efectiva y eficaz. En otras palabras, resultará suficiente para la parte demandante demostrar una de las causales que se señalan para presumir que el funcionario actuó con dolo o culpa y, por consiguiente, a la parte demandada demostrar que el supuesto de hecho que se alega no se configuró». (Subraya la Sala)

El Consejo de Estado ha sostenido⁶:

“(…) Ahora bien, conviene señalar que cuando el Estado ha sido condenado a la reparación patrimonial de los daños antijurídicos originados en alguna de las hipótesis consignadas en el artículo 6 de la Ley 678 de 2001, el legislador previó una serie de presunciones legales como mecanismos procesales enderezados a tornar efectiva la acción de repetición prevista en la Constitución y así hacer eficaz la responsabilidad civil de los servidores públicos por las condenas que su acción u omisión generen.

La Sala encuentra que las presunciones estipuladas en el artículo 6 la Ley 678 de 2001 tienen naturaleza de legales⁷ y, por tanto, la entidad

⁵ Expediente D-4477. Demanda de inconstitucionalidad contra los Arts. 1º (parcial), 4º, 5º (parcial), 6º (parcial), 7º y 17 de la Ley 678 de 2001. Demandante: William Fernando León Moncaleano. MP. Dr. Jaime Araújo Rentería. Once (11) de septiembre de dos mil tres (2003).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de ocho (8) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). CP. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-33-000-2014-02032-01(66876)

⁷ El profesor Betancur Jaramillo cuestiona el nomen iuris adoptado por el legislador de 2001, y afirma que “vistas las definiciones y los eventos que los ponen de presente, habrá de concluir que lo que quiso el legislador fue señalar o calificar unos hechos como dolosos en su artículo 5 y otros, como equivalente a culpa grave, en el siguiente. En otras palabras, cuando la primera norma enuncia cinco hechos (...) no lo hace a título de antecedentes para que de él se infiera o presuma el dolo, sino que está dando a entender que cuando ocurra cualquiera de los hechos enunciados y probados no es que se presuma el dolo, sino que existe éste (...) Corrobora la idea de que el artículo 5 no establece presunciones sino que enuncia casos de dolo, la definición misma que sobre éste hace en su inciso 1º, al señalar que el agente actúa con dolo cuando el agente quiere la realización de un hecho ajeno a la finalidad del servicio del Estado”. Betancur Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Medellín, Señá Editora, 2013, p. 124 y 125.

demandante tiene la carga de probar únicamente los supuestos de hecho a los que aluden dichas normas, puesto que “la parte que niegue el hecho presumido está sujeta a la carga de probar el hecho contrario”⁸.

(...)

Así, por tratarse de una presunción legal, esto es, que admite prueba en contrario, la parte demandada tiene abierta la posibilidad para oponerse y acreditar, en esta sede judicial, o bien la inexistencia del hecho que le da base a la presunción o de las circunstancias en las que se configuró aquel, ya que la presunción “no impide que la parte adversaria lleve al proceso otras pruebas con la finalidad de desvirtuar aquella y demostrar que en realidad esos hechos no han ocurrido. Si se consigue este objetivo o, por lo menos, que el juez estime inciertos aquellos hechos, no podrá aplicar la presunción”⁹.

Ahora, su previsión legal no constituye una imputación automática de culpabilidad en cabeza del agente contra el cual se dirige la acción de repetición, ya que, si este puede aducir medios de convicción en contrario, ello supone que, para efectos de la acción de repetición, el juez -en estos casos- está en el deber de realizar una nueva evaluación de la conducta del agente. Por esta razón, el simple hecho de que el legislador suponga en estos eventos la responsabilidad civil del agente o ex funcionario estatal, no impide que esta presunción pueda ser destruida con la presentación de pruebas de descargo.

La Sala ha sostenido que la previsión del citado artículo 6 de la Ley 678 de 2001 no entraña que las causales ahí enunciadas sean las únicas respecto de las cuales puede calificarse una conducta como gravemente culposa, puesto que el juez de la acción de repetición podrá deducir otros supuestos de hecho que puedan calificarse como tales al apreciar el caso puesto a su consideración¹⁰, pero en relación con estos últimos no podrá aludirse a la aplicación de una presunción y, por tanto, la entidad estatal estará obligada a probar no solamente el supuesto de hecho de aquella sino, también, la conducta de la actuación del funcionario público. (...) (Subraya la Sala)”

Finalmente, en sentencia de unificación de 6 de agosto de 2021, la Corte Constitucional¹¹ se pronunció frente a los conceptos de culpa grave y dolo dentro del medio de control de repetición en el siguiente sentido:

*“(...) Ahora bien, sobre los conceptos de dolo y culpa grave en el marco establecido a través de la Ley 678 de 2001, el Consejo de Estado ha señalado que en los artículos 5 y 6 de esa legislación se determinó un concepto legal independiente, propio del Derecho Público y aplicable a las acciones de repetición que se promuevan contra servidores públicos¹². Ha dicho, además, que **los conceptos allí reproducidos***

⁸ Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Tomo II (Bogotá: Temis, 2017), 681.

⁹ Hernando Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, Tomo II, 689.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de mayo de 2014, expediente 40.755, M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación SU 259 de 6 de agosto de 2021, MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Exp. T-7.948.907

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006, rad. 16.887. Esta decisión fue reiterada en la sentencia de la Sección Tercera del 11 de noviembre de 2009, rad. 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529).

tienen un contenido diferente al que establece el Código Civil, “amén de que en este nuevo campo no se equiparan el dolo y la culpa grave, como sí ocurre en el terreno civil, a tal punto que totalmente diferentes resultan, entre sí, las situaciones de hecho que la citada Ley recoge para efectos de presumir, en unos casos el ‘dolo’ y en otros, completamente diferentes, la ‘culpa grave”¹³.

De igual modo ha señalado que las presunciones de que tratan esos mismos artículos son legales por lo que admiten prueba en contrario y que quien pretenda beneficiarse con ellas debe invocarlas en la demanda de repetición y demostrar el hecho en que se funda¹⁴. Siguiendo esta argumentación, en sentencia del 1° de marzo de 2018, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado presentó como posibles escenarios en los que el Estado puede imputarle una conducta dolosa o gravemente culposa a uno de sus agentes las siguientes circunstancias:

“i) El primer evento, y el más común, se presenta cuando, en el libelo, el Estado estructura la responsabilidad del demandado en uno de los supuestos consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, en los cuales se presume el dolo o la culpa grave que le es imputable al agente público en nexa con el servicio, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. ii) Pueden existir situaciones en las cuales, aunque en la demanda no se identifica expresamente uno de los supuestos que hacen presumir el dolo o la culpa grave del demandado, los argumentos esbozados por el extremo activo de la litis son suficientes para que el juez pueda enmarcar su motivación en uno de los mencionados supuestos. Así pues, el Estado, al formular la correspondiente demanda, deberá razonar con suficiencia los móviles y fundamentos en los que se basa la presunción que alega, para que el juez pueda encuadrarla en uno de los supuestos de los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001. iii) Por último, pueden presentarse muchos más casos en los cuales, pese a que no se encuentran consagrados en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, dan lugar a que el Estado repita contra el agente por haber obrado con dolo o culpa grave en una actuación que produjo un daño antijurídico a un tercero por el cual se haya visto en la necesidad de indemnizar. || En efecto, las denominadas presunciones son solo algunas de las hipótesis o eventos de responsabilidad del agente público que pueden invocarse y, por ende, demostrar en las demandas de repetición”¹⁵.

(...)

Así las cosas, con independencia del régimen aplicable a los hechos objeto de la acción de repetición, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, **la responsabilidad de los servidores públicos en esos eventos no es objetiva;** por el contrario, el análisis de las actuaciones se delimita por los conceptos de dolo - actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento **y con la intención de producir las consecuencias nocivas** - y culpa grave -pudo prever la irregularidad en la cual

¹³ Ibidem.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 3 de agosto de 2017, rad. 76001-23-31-000-2009-00252-01(42777).

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 1° de marzo de 2018, rad. 17001-23-31-000-2013-00047-01(52209).

incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo-, y estos a su vez, encuentran fundamento en parámetros de responsabilidad subjetiva.

(...)

*Para la Corte resulta oportuno destacar que la atribución de responsabilidad de agentes del Estado, cuya fuente tiene origen en el artículo 90, y que involucra por tanto los conceptos **culpa grave** o **dolo**, implica una valoración más desde las aristas juspunitivas, sin que obviamente puedan asimilarse en esta sede; lo que se quiere decir es que el avanzar de la dogmática jurídica hacia el esclarecimiento de los conceptos de dolo o culpa de tintes subjetivistas y luego normativistas, obliga el trascender definiciones difícilmente concretables o reconducibles a una idea menos discutible, como lo es la de “buen padre de familia”, para ahora decantar las citadas ideas de dolo y culpa en perspectivas que aluden al conocimiento de hechos, voluntad de realizarlos y conciencia de su ilicitud (dolo) o a la realización de comportamientos que trasgreden reglas, por no tener el cuidado debido, en virtud de normas objetivas de comportamiento, o acaso sobre criterios de previsibilidad (imprudencia o culpa).*

(...)

76. Así las cosas, en el análisis de dolo y culpa en punto de la acción de repetición, debe establecerse la responsabilidad a partir de contenidos de imputación jurídica, que en ese sentido, dejen ver: i) ya la actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o, ii) en su defecto, el actuar que pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aún así no lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa¹⁶. (...)”

De lo anterior es posible concluir que, las presunciones previstas en la Ley 678 de 2001 son legales, de manera que, en caso de invocarse una de ellas en la demanda de repetición, deberá demostrarse el hecho en que se apoya dicha presunción y así, en principio, se deduciría que la conducta del demandado ocurrió a título de culpa grave o de dolo, a menos que, en ejercicio de su derecho de defensa, desvirtúe dicha presunción.

6. De lo probado en el proceso.

En cuanto al elemento subjetivo, el *a quo* señaló que, pese a que la demandante calificó la conducta de la demandada como gravemente culposa, en los términos del inciso 3 del artículo 6 de la ley 678 de 2001, con fundamento en las consideraciones que tuvo la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para

¹⁶ Ibidem.

anular el acto mediante el cual se declaró insubsistente de manera tácita el nombramiento del señor Luis Gabriel Herrera Chica, no se tuvo en cuenta que, para la época de expedición del acto, el Consejo de Estado tenía la tesis que no había fuero de inamovilidad para quienes se desempeñaban en provisionalidad; y por ello, no considera la conducta gravemente culposa.

Y, la demandante apelante, aduce que sí hay responsabilidad de la demanda por su actuar con conducta gravemente culposa y, por encuadrarse su conducta en los numerales 2 y 3 del artículo 5 de la ley 678 de 2001, relacionados con el dolo; y, numeral 3 del artículo 6 ibidem con la culpa grave.

Pasa la Sala a estudiar si en este caso se encuentra acreditada la conducta del agente, para saber si hay lugar o no a que éste repare el daño causado.

En el presente asunto se encuentra probado que, la demandada, señora María Eugenia Santa García, en su condición de Juez Décima Civil Municipal, mediante resolución número 008 de 25 de mayo de 2006 aceptó una renuncia e hizo un nombramiento de la siguiente manera:

*“RESOLUCIÓN NÚMERO 008
mayo 25 de 2006*

***POR MEDIO DE LA CUAL SE ACEPTA UNA RENUNCIA Y SE HACE
UN NOMBRAMIENTO***

*LA SUSCRITA JUEZ DÉCIMA CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES, en
uso de sus atribuciones legales y,*

CONSIDERANDO

*PRIMERO: Que LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, identificado con
cédula de ciudadanía No. 16.075.203 de Manizales, quien ocupa en este
despacho el cargo de Asistente Judicial, en provisionalidad, laboró en
este despacho judicial hasta el 24 de mayo del corriente año, inclusive.*

*SEGUNDO: Que se hace necesario designar una persona que lo
reemplace en el cargo que ocupaba y para tal efecto se solicitó el
certificado de disponibilidad presupuestal.*

*TERCERO: El Jefe de Presupuesto de la Dirección Ejecutiva Seccional
de la Administración Judicial expidió el certificado de disponibilidad
presupuestal No. 07- 0147 de mayo 25 de 2006.*

*CUARTO: Que en reemplazo del señor LUIS GABRIEL HERRERA
CHICA, se designará en provisionalidad al señor WILSON HERNÁN
SANTACOLOMA MEJÍA, Identificado con cédula de ciudadanía No.
75.096.238 de Manizales.*

QUINTO: Que esta novedad también se hará conocer al Jefe de Recursos Humanos de la Administración Judicial del Consejo Seccional de la Judicatura de Manizales.

Que en mérito de lo expuesto el Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, Caldes,

RESUELVE

PRIMERO: DESIGNAR al señor WILSON HERNÁN SANTACOLOMA MEJÍA, Identificado con cédula de ciudadanía No. 75,096.238 de Manizales, en el cargo de ASISTENTE JUDICIAL de este despacho judicial, en PROVISIONALIDAD, en reemplazo de LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, Identificado con cédula de ciudadanía No. 16.075.203 de Manizales.

TERCERO: (SIC) El anterior nombramiento será a partir del día veintiséis (26) de mayo del corriente año, Inclusive

CUARTO: Esta novedad se hará conocer al Jefe de Recursos Humanos de la Administración Judicial del Consejo Seccional de la Judicatura de Manizales.

La presente resolución surte efectos a partir de mayo veintiséis (26) de dos mil seis (2006)."

De igual manera, se encuentra acreditado que, en las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales y por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 2006 00059, cuyo demandante era el señor Luis Gabriel Herrera Chica y la demandada la Nación – Rama Judicial, las principales consideraciones para declarar la nulidad de la resolución número 008 de 25 de mayo de 2006 fueron las siguientes; citando de paso sentencias de la Corte Constitucional proferidas entre los años 1998 y 2011 así:

"(...) Respecto a la falsa motivación la doctrina y la jurisprudencia tienen sentado que se presenta "cuando la situación fáctica del acto carece de veracidad, es decir, no hay correspondencia entre lo que se afirma en las razones de hecho o de derecho que se aducen para proferir el acto y la realidad fáctica y/o jurídica, de allí que se dé en las siguientes situaciones:

Por falsedad en los hechos, esto es, cuando se invocan hechos que nunca ocurrieron, o se describen de forma distinta a como ocurrieron. Por apreciación errónea de los hechos, de suerte que los hechos aducidos efectivamente ocurrieron, pero no tienen los efectos o el alcance que les da el acto administrativo o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que se invocan." ¹

Así, cuando se trata de examinar ésta causal de nulidad - falsa motivación -, se debe acudir siempre a la motivación expresada por la administración en el acto, la cual ha sido entendida como "la declaración de las circunstancias derecho y de derecho que rodean la expedición del acto, los presupuestos o razones cuya expresión sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión de la Administración; constituye además un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto². En este orden de ideas, cualquier Irregularidad que se aduzca en este sentido necesariamente debe confrontarse con la expresión del mismo y con la realidad jurídica y fáctica de su expedición.
(...)

Acorde con lo anterior, en la hoja de vida del señor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, no reposa renuncia alguna al cargo de Asistente Judicial, el cual venía desempeñando por nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Resolución No. 008 del 6 de abril de 2006, y acta de posesión sin número calendada 7 de abril de 2006. Como tampoco reposa un acto de desvinculación diferente al de la Resolución No 008 del 25 de mayo de 2006.

Resulta entonces claro que el retiro del servicio del demandante se efectuó con la Resolución No 008 del 25 de mayo de 2006- acto de insubsistencia tácito. Pero debe decirse, que dicho acto administrativo no se expidió en ejercicio de la facultad discrecional que reprocha el demandante y que se ha predicado por la Administración frente al retiro de los empleados provisionales; por el contrario, del examen del acto acusado de nulidad /fis. 2 a 3 cdno 2/, se observa que se trata de un acto reglado, en tanto contiene unos motivos de hecho específicos (renuncia al cargo) y que llevaron a la entidad accionada a tomar la decisión de desvincular al actor. Por tal razón, mal puede la accionada aducir como lo hizo en el escrito de contestación de demanda que la actuación de la administración estuvo enmarcada dentro de la facultad discrecional, y que por ello se presume como sustento del acto las razones objetivas de mejoramiento del servicio.

Pues bien, teniendo en cuenta que la Juez Décima Civil Municipal en la resolución No 008 de 2006, Indicó que se aceptaba una renuncia, al tiempo que expuso que el señor LUIS GABRIEL HERRERA CHICA, "laboró en este despacho judicial hasta el 24 de mayo del corriente año, Inclusive...", y que con el material probatorio obrante en el cartulario quedó probado que éste nunca presentó renuncia al cargo, resulta evidente que la motivación fáctica aducida por la administración en el acto que dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del señor LUIS GABRIEL CHICA HERRERA fue quimérica, y por ende no obedeció a hechos ciertos y reales.

B. CONCLUSIÓN.

Conforme a lo aquí analizado, se torna irrefutable la falsedad de las razones en que se fundamentó la administración para prescindir de los servicios del demandante, y por ello se deberá decretar la nulidad de la Resolución No 008 del 25 de mayo de 2006.

Probada como quedó la falsa motivación del acto acusado, resulta innecesario entrar a estudiar o analizar las demás causales de nulidad expuestas en la demanda.

(...)

Con relación a la falsa motivación de los actos que se impugnan, encuentra la Sala que si bien en la denominación del acto, se observa

expresamente "POR MEDIO DE LA CUAL SE ACEPTA UNA RENUNCIA Y SE HACEN (SIC) UN NOMBRAMIENTO", del oficio número JDCM. 1758 enviado por el Secretario del Juzgado Décimo Civil Municipal del Circuito al Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, se desprende todo lo contrario, pues en éste se afirma que en la hoja de vida del señor Luis Gabriel Herrera Chica no reposa renuncia al cargo de Asistente Judicial (Fls. 4 y 5 C. 3), así como que dicho documento de renuncia no obra en ninguna parte de esta actuación judicial, ni fue aportado como prueba por la demandada

Así mismo, en el oficio mencionado anteriormente, se dice expresamente que en la hoja de vida del señor Herrera Chica, no hay constancia de que se hubiere adelantado investigación disciplinaria en su contra, ni se hubiese realizado ninguna actuación relacionada con las llamadas realizadas a la línea "Fantasy".

Conforme a lo antes citado, se evidencia que los motivos enunciados en la denominación del acto por parte del Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales -Caldas, en la resolución número 008 de mayo 25 de 2006, la cual se refiere a que se acepta una renuncia y se hace un nombramiento, no encuentran sustento, toda vez que nunca existió renuncia del funcionario al cargo que desempeñaba Ello, sumado a que el hecho de realizar un nombramiento, sin que la situación antes descrita se hubiese producido efectivamente, constituye, ni más ni menos, que en un acto tácito de insubsistencia; pues así lo ha determinado la jurisprudencia del Consejo de Estado de la siguiente manera:

7) El nombramiento de un empleado para el cargo que ocupa otro funcionario, implica para este último un acto tácito de insubsistencia (...) Conforme a las pruebas que obran dentro del proceso, queda claro que el señor Luis Gabriel Herrera Chica, se vinculó al Juzgado Décimo Civil Municipal de Manizales, en el cargo de Asistente Judicial el día 2 de febrero de 2006, de manera Provisional, tal como consta en la resolución número 004 de 2 de febrero de 2006, mediante la cual se acepta la renuncia de la señora Claudia Constanza Cardona y se hace el nombramiento del señor Luis Gabriel Herrera Chica (Fls. 14 y 15 C. 3), así como en la respectiva acta de posesión del día 2 de febrero de 2006 (FL. 16 C. 3).

(...)

Pero sumado a lo antes citado, y más allá de la falsa motivación, brilla por su ausencia, tanto en la parte considerativa del acto demandado, como en la resolutive, motivación alguna que dé cuenta del motivo por el cual se declaró la insubsistencia tácita del señor Luis Gabriel Herrera Chica, al efectuarse el nombramiento del señor Wilson Hernán Santacoloma Mejía en su reemplazo, evidenciándose así, no sólo una incongruencia entre la denominación del acto y su contenido, sino una ausencia de motivación del mismo, situación que a renglón seguido precisa la Sala.

(...)

Así las cosas, esta Sala comparte la tesis de la necesidad de motivar la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad, conforme a la jurisprudencia citada; en el caso que nos ocupa se evidencia que el acto mediante el cual se desvinculó al demandante del servicio, declarando tácitamente insubsistente su nombramiento, no hace referencia a ningún motivo o sustento de la razón por la cual se declara su insubsistencia ni de la razón por la cual se nombra en su lugar

a otra persona, siendo ello contrario a los principios constitucionales relacionados con el debido proceso y el derecho de defensa, así como con la necesidad de motivación de los actos de retiro, tal como lo cita jurisprudencia reciente y sentencia de Unificación de la Corte Constitucional, conforme a la cual, queda claro que la Resolución número 008 del 25 de mayo de 2006, carece de motivación alguna en su parte considerativa y resolutive. Así, no resultan válidos los argumentos expuestos por la demandada con relación a que dicho acto no requería de motivación.

Conforme a lo expuesto, considera la Sala que, al evidenciarse la falta de motivación del acto demandado como causal de nulidad, y por existir mérito suficiente hay lugar a la declaratoria de nulidad del acto acusado, por lo que por estas razones se confirmará la sentencia proferida por la Juez de Primera Instancia. (...)"

En este punto de la discusión, se precisa que, la conducta atribuida por la parte demandante a la demandada fue la de la culpa grave contenida en el numeral 3 del artículo 6 de la ley 678 de 2001, relacionada con la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

Así como que, para esta Sala de decisión, la culpa grave es una conducta reprochable que, sin tener la intención de causar el daño, lo genera; ello por falta de diligencia prudencia y cuidado, advirtiendo de la conducta desplegada una omisión voluntaria del deber objetivo de cuidado.

Al revisar cuidadosamente el acto proferido por la demandada, que fue declarado nulo en esta jurisdicción, y por el cual se presenta la demanda de la referencia, esto es la resolución número 008 de mayo 25 de 2006, se advierte que éste, se denomina "*por medio del cual se acepta una renuncia y se hace un nombramiento*"; así como que, en sus consideraciones se dice que el señor Luis Gabriel Herrera Chica, quien ocupaba el cargo de asistente judicial en provisionalidad laboró en su Despacho Judicial hasta el día 24 de mayo de ese año, y que por ello, se hacía necesario nombrar a una persona en su reemplazo. Y, en la parte resolutive designa al señor Wilson Hernán Santacoloma Mejía en reemplazo del señor Herrera Chica; de lo cual se desprenden dos situaciones que coinciden con las consideraciones realizadas en esta jurisdicción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho como lo son que, nunca se acreditó la renuncia al cargo del mencionado señor Luis Gabriel Herrera Chica; y, mediante el acto de nombramiento del señor Santacoloma

Mejía, se declaró implícitamente la insubsistencia del cargo desempeñado por el señor Luis Gabriel Herrera Chica.

Ahora bien, siguiendo los parámetros de las sentencias citadas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, relacionadas con la culpa grave y el dolo en acciones de repetición, esta Sala debe analizar si la conducta de la demandada, señora María Eugenia Santa García actuó de manera consciente y voluntaria, y si pudo prever la irregularidad en la que incurría y el daño que podía ocasionar; así como si transgredió las reglas por no tener el cuidado debido.

Discute la demandada que, la denominación del acto de “*se acepta una renuncia*”, no fue más que un yerro, por cuanto afirma que, no existió renuncia del señor Luis Gabriel Herrera Chica, y porque, lo que ocurrió en dicho caso fue una insubsistencia implícita; situación que no es de recibo como argumento de defensa para esta Sala por lo siguiente:

- Al proferir la demandada Señora María Eugenia Santa García el acto mediante el cual aceptó una renuncia e hizo un nombramiento, era conocedora que, mediante ese acto lo que realmente estaba haciendo, era declarar la insubsistencia implícita del señor Luis Gabriel Herrera Chica.

- En virtud del efecto del acto en mención, como lo fue la desvinculación de un empleado en provisionalidad, la demandada debió tener el cuidado suficiente de revisarlo con tal precaución que, lo que allí se consignara no fuera en desmedro del ordenamiento jurídico ni de los derechos del empleado que se pretendía desvincular; faltando en su revisión, la prudencia y cuidado suficiente, respecto no solo de la forma, sino del fondo, las consecuencias de éste, y la realidad fáctica que lo respaldaba.

- Esta Sala no puede aceptar que, la denominación del acto de declaratoria implícita de insubsistencia “*se acepta una renuncia*”, constituya un simple yerro, pues, como ya se dijo, es un acto que define una situación particular y concreta, que creó un derecho para el señor Wilson Hernán Santacoloma Mejía y, extinguió el derecho del señor Luis Gabriel Herrera Chica; razón suficiente para actuar con diligencia, cuidado y atención; y donde la falta de éstos elementos, dan lugar a una culpa grave en el presente asunto.

- No se puede perder de vista que, en este caso, la demandada, quien ocupaba el cargo de Juez de la República, nombró a un empleado en reemplazo de otro, sin más consideración que, hasta ese día 24 de mayo de 2006 había ejercido el cargo, sin expresar de manera clara el sustento de dicha afirmación, agregando la consideración de hacerse necesario nombrar un reemplazo, constituyendo así una declaratoria de insubsistencia implícita; consideración en la cual, a juicio de la Sala, deviene en un injustificado yerro.

- Tampoco es de recibo para esta Sala que, una Juez Civil Municipal, concedora de las normas, de los derechos laborales, de las garantías constitucionales y de, sus deberes en calidad de nominadora; profiera un acto de nombramiento, y con éste, de manera implícita desvincule del servicio a un empleado; pues, lo mínimo que se espera es un acto mediante el cual efectivamente se declare la insubsistencia del cargo ocupado.

- Comparte esta Sala el reproche de nulidad que se hizo en esta Jurisdicción en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, del acto acusado, esto es, la resolución 008 de 25 de mayo de 2006, en el sentido que hubo una falsa motivación del acto cuestionado, por cuanto nunca existió una renuncia presentada por el señor Luis Gabriel Herrera Chica; ello, sumado a que, al declarar la insubsistencia del cargo que ocupaba de manera implícita, se privó al señor Luis Gabriel Herrera Chica de conocer el motivo por el cual se tomó dicha decisión; omitiendo con ello el deber de cuidado en las formas y el contenido de la desvinculación de un empleado en provisionalidad.

Ahora, discute la demandada que, cuando profirió el acto de insubsistencia tácita, el Consejo de Estado en ese momento (mayo 25 de 2006) consideraba que, no era necesario motivar el acto de declaratoria de insubsistencia de un cargo en provisionalidad como este caso; no obstante, ello no resulta coherente con el acto que profirió, pues no es una declaratoria de insubsistencia, sino un nombramiento que dejó por fuera de su cargo al señor Luis Gabriel Herrera Chica; y, si bien es cierto que, existe la posibilidad que mediante un acto administrativo, de manera implícita, se declare la insubsistencia como en este caso, lo que acá se evidencia, es que, sin tener la señora María Elena Santa García la intención de causar el daño que en este caso ocurrió, generó el reproche que se hizo del acto cuestionado en esta jurisdicción, el cual fue declarado nulo, por carecer de motivación y por ser falsamente motivado; lo cual

fue el resultado, de su falta de diligencia y cuidado, pues el acto bien pudo ser motivado, y pudo haberse proferido de otra manera, sin acudir a la aceptación de una renuncia inexistente.

Con relación a que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para la época de los hechos consideraban que no era necesaria la motivación del acto de desvinculación de un empleado en provisionalidad, dicho argumento, cómo único en defensa de la demandada no es del todo aceptado, pues en las mismas providencias que resolvieron sobre la nulidad de la resolución 008 de 25 de mayo de 2006 se citaron como fundamento sentencias como la SU 250 de 1998, más de 10 sentencias de tutela de los años 1998 a 2007; y, sentencias del Consejo de Estado de los años 2006 a 2010. Así mismo, la Corte Constitucional desde el año 1998 determinó el deber de motivar esos actos administrativos, como lo dispuso en sentencia T-254 de 2006; al igual que la Sala de Consulta y Servicio Civil al proferir concepto de 14 de julio de 2005 con radicado número 11001-03-06-000-2005-01652-00(1652), que puede tomarse en este caso, como un antecedente sobre el tema; antecedentes que, si bien por sí solos, no constituyen una culpa grave o dolo, se evidencia una falta de cuidado al no tener presentes otros criterios jurisprudenciales, que podían llevar a pensar a la Juez demandada en la necesidad de la motivación, careciendo de esa causal de nulidad en el caso que se estudió dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, para esta Sala, la discusión debe ir más allá de si en el momento de declarar la insubsistencia implícita del señor Herrera Chica existía o no jurisprudencia que considerara innecesario motivar el acto de declaratoria de insubsistencia; por cuanto lo que se advierte del estudio del acto proferido es que, la demandada señora María Eugenia Santa García quien fungía como Juez Décima Civil Municipal, omitió encaminar su voluntad a proferir el acto necesario con el fin de desvincular a un empleado que ocupaba en provisionalidad el cargo de asistente judicial; y, no sólo, no expidió un acto administrativo de insubsistencia motivado; sino que, más grave aún, elaboró una situación administrativa inexistente en este caso, so pretexto de aceptación de una renuncia que jamás existió. Y que, si en gracia de discusión se aceptara que el tema de aceptar la renuncia, es apenas la denominación del acto, siendo este un error en el mismo; como se dijo en precedencia, se reprocha la falta de cuidado en su elaboración y lectura, una falta al deber de cuidado, al no revisar

detalladamente un acto con tales connotaciones y repercusiones; pues de haber sido la señora Santa García lo suficientemente cuidadosa con el acto que se cuestionó, de éste no se hubiera reprochado una falsa motivación, como ocurrió en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que dio lugar a la condena judicial de la cual hoy se pretende su repetición.

Deja presente esta Sala que, la creación de una situación ficticia, como la de aceptación de una renuncia, no sólo está contenida en la denominación del acto, sino que, en la parte considerativa se dice que el señor Luis Gabriel Herrera Chica, laboró en el despacho judicial, hasta el 24 de mayo de 2006 inclusive, sin que se haga consideración alguna al respecto; motivo por el cual no puede asumirse como un mero error en el título, como se indicó en precedencia.

Así pues, lo que se reprocha de la demandada señora María Eugenia Santa García, no solo es la falta de expedición de un acto administrativo motivado de declaratoria de insubsistencia de un empleado en provisionalidad en un cargo de carrera de la rama judicial; sino, la falta al deber de cuidado, la poca diligencia en la elaboración y revisión de un acto de la naturaleza como el cuestionado; acto que, además, recreó una situación de renuncia inexistente; con fundamento en lo cual, procedió a nombrar a otra persona en reemplazo del señor Luis Gabriel Herrera Chica, generando con ello una declaratoria implícita de insubsistencia; que, valga la pena mencionar, fueron los motivos de declaratoria de nulidad de la resolución 008 de 25 de mayo de 2006 en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, donde se consideró por este Tribunal que, dicho acto fue falsamente motivado, y sin la motivación de declaratoria de insubsistencia correspondiente; situaciones ambas, inexcusables en este caso, que evidencian la culpa grave en la actuación de la señora Santa García con la expedición del acto cuestionado, sin la diligencia, cuidado y pericia necesaria que se requería para tomar la decisión que allí se adoptaba.

Sumado a lo anterior, para esta Sala la demandada también debió prever que, al desvincular un empleado en provisionalidad de manera tácita, sin proferir un acto de declaratoria de insubsistencia, sumado a que el acto decía que se acepta una renuncia; dicho acto sería cuestionado por todos los medios posibles.

Por su parte, el consejo de Estado¹⁷ se ha pronunciado frente a la facultad discrecional en actos de insubsistencia tácita en el siguiente sentido:

“(...) hasta en los cargos de libre nombramiento y remoción cuando hay una insubsistencia tácita debe obedecer la facultad discrecional a razones del servicio, y cuando es declarado insubsistente quien cumplía los requisitos para su cargo y es remplazado por alguien que no cumpla con las calidades exigidas por el ordenamiento para tal efecto se constituye, per se, en un indicio de desvío de poder en que incurre el nominador al proferir el acto de insubsistencia.

En efecto, los actos de declaratoria de insubsistencia, inclusive de los empleados provisionales, deben ser motivados y a su vez tener como elemento teleológico la mejora del servicio, de tal suerte que de no presentarse dicha situación se encontraría el acto fundamentado en una decisión arbitraria del nominador. (...)”

En este caso, la demandada, en su defensa no argumentó que la razón de insubsistencia fuera el mejoramiento del servicio, ni ninguna otra; su defensa se centró en que podía declarar insubsistente a un empleado en provisionalidad sin necesidad de motivación del acto, y que, el Consejo de Estado así lo consideraba viable.

De acuerdo a lo considerado, para esta Sala de Decisión, la demandada en este asunto, no logró desvirtuar la presunción de la conducta gravemente culposa por la omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable, prevista en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley 678 de 2001, presunción legal que se configuró con la falta al deber de cuidado, y falta de diligencia en la expedición de la resolución número 008 de 25 de mayo de 2006, mediante la cual se acepta una renuncia y se hace un nombramiento; motivos por los cuales se revocará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de julio de 2019 y en su lugar se accederá a las pretensiones de la demanda como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Bastan las anteriores consideraciones para declarar no probadas las excepciones que la demandada denominó “Falta de legitimación para demandar”, “Improcedencia de la acción de repetición por ausencia de dolo o culpa grave”, “Deficiencia de defensa técnica en el proceso de nulidad y

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Rad.25000232600020120110701 (51510).

restablecimiento del derecho que dio origen a la acción de repetición”, “Vulneración al debido proceso por no haber sido citada o llamada en garantía dentro del proceso primigenio”, y, “Defecto en que se incurrió en sede de segunda instancia”.

7. Liquidación de la condena.

Por lo expuesto la señora María Eugenia Santa García, en su condición de Juez Décima Municipal de Manizales, profirió un acto de declaratoria de insubsistencia implícita del señor Luis Gabriel Herrera Chica, ello con la resolución número 008 de 25 de mayo de 2006 mediante la cual se acepta una renuncia y se hace un nombramiento, la cual fue declarada nula por esta jurisdicción y, por lo cual, la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial canceló al señor en mención, la suma de \$212.474.878 en virtud del fallo proferido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Así las cosas, toda vez que la Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial pagó la suma \$212.474.878 el 5 de mayo de 2015, como dice la constancia que reposa en el folio 55 del C. 1, esa cifra será actualizada para establecer la condena en contra del demandado, de conformidad con la fórmula aceptada por esta Corporación, así:

$$Va = Vh (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$$

En donde

$$Vp = Vh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

El valor histórico (Vh) corresponde a la suma efectivamente pagada por la demandante, el IPC final corresponde al último conocido a la fecha de esta decisión, esto es, octubre de 2023 que corresponde a 136.11 (IPC del mes de septiembre) y, el IPC inicial corresponde al de la fecha del pago que es mayo de 2015, es decir, 85.12.

$$Va = \$212.474.878 (136.11/85.9)$$

Va = \$336.670.031

7.1. Cuantificación de la condena en casos de culpa grave.

Una vez liquidada la condena como en precedencia ocurrió, la cual arrojó como resultado la suma de \$336.670.031, esta Sala debe diferenciar sobre la condena en los casos que se imputa la culpa grave a cuando se imputa el dolo, por ser sustancialmente diferente que alguien actúe con la intención de ocasionar un daño, a cuando por la falta de cuidado se genera el mismo. Ello en virtud del contenido expreso del artículo 14 de la ley 678 de 2001 que dispuso:

“Artículo 14. Cuantificación de la condena. Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo a la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición.”

Por su parte, el Consejo de Estado¹⁸ se ha pronunciado en tal sentido, postura que acoge en su totalidad esta Sala de decisión, por considerarla coherente con la diferenciación entre las conductas mencionadas así:

“(…) 7. Cuantificación de la condena cuando se imputa por culpa grave

La Sala aclara que, aunque este aspecto no fue objeto de apelación, está intrínsecamente ligado a la responsabilidad que acaba de analizarse, por manera que, en este punto, reitera la tesis de la Subsección, según la cual cuando se constata que la conducta desplegada por el demandado es gravemente culposa, como aquí ocurre, amerita una reducción de la condena, por lo que pasa a explicarse:

La Ley 678 de 2001 habilitó al juez de la repetición para que tenga en cuenta el tipo de conducta que despliega el agente estatal, para efectos de fijar el valor de la condena patrimonial, toda vez que en su artículo 14 estableció que la autoridad judicial “cuantificará el monto de la condena atendiendo a [la] (...) culpa grave o dolo”, por lo que deberá ser un factor para tener en cuenta para la estimación de esta, por las razones que pasan a exponerse.

El dolo requiere que el juez de la repetición constate que el servicio del Estado fue transgredido de manera consciente y voluntaria, es decir, con conocimiento de la irregularidad del comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas que ello implica. Por el contrario, la culpa grave presenta una ausencia del aspecto volitivo en la actuación

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de ocho (8) de noviembre de dos mil veintiuno (2021). CP. Dra. María Adriana Marín. Rad. 05001-23-33-000-2014-02032-01(66876)

desplegada, pues, a pesar de que esta pueda llegar a ser consciente, el funcionario no busca o quiere realizar un hecho ajeno a las finalidades del servicio prestado.

Lo anterior es consecuente con las definiciones de culpa grave y dolo contenidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, toda vez que se menciona que la actuación dolosa implica el “querer” el resultado dañoso, mientras que dentro de la redacción de la culpa grave se omite el aspecto volitivo.

(...)

Bajo ese contexto, para la Sala resulta desproporcionado pretender que las conductas dolosas y gravemente culposas tengan la misma consecuencia patrimonial en este tipo de procesos, cuando es clara la distinción efectuada por la Ley 678 de 2001, en cuanto al análisis que del aspecto volitivo de la conducta que despliega el funcionario estatal se debe realizar en el fallo judicial, todo con el ánimo de establecer su “grado de participación en la producción del daño”, tal como lo exige el artículo 14 ibídem.

Así, para la Subsección resulta importante establecer que una condena patrimonial en sede de repetición cuyo sustento se halla en una conducta que se considere gravemente culposa, no puede tener la misma consecuencia que una desplegada de manera dolosa. Es decir, la conducta gravemente culposa estipulada en la Ley 678 de 2001 no puede asimilarse al dolo, ya que en la primera se advierte una ausencia del aspecto volitivo, esto es, del “querer” desplegar la conducta ajena al servicio.

Por lo dicho, resulta coherente con los conceptos de la Ley 678 de 2001 y, en concreto, con la potestad que tiene el juez de graduar la responsabilidad de los demandados en repetición atendiendo a la “culpa grave o el dolo” -artículo 14 ibídem-, que las actuaciones de los funcionarios públicos que sean desplegadas con el ánimo, esto es, queriendo perjudicar el servicio del Estado, la condena sea en el equivalente al 100% de lo pagado por la parte demandante en el proceso antecedente, como consecuencia de dicha actuación; sin embargo, si el detrimento patrimonial de la entidad demandante tuvo como génesis una culpa grave del funcionario, la condena deberá reducirse proporcionalmente, pues resulta claro que, en estos casos, aquel no «quería» realizar el hecho ajeno a la finalidad del servicio.

En este punto, se recuerda que el análisis que se realizó en el caso concreto sobre la responsabilidad del demandado por la condena que pagó el Ejército Nacional en el proceso de reparación directa antecedente fue efectuado a la luz de una conducta gravemente culposa.

En ese sentido, se explicó que este tipo de conducta omitía el aspecto volitivo consistente en el “querer” realizar el hecho que es ajeno a las finalidades del servicio, pues este concepto se asimilaría al dolo, de conformidad con la Ley 678 de 2001, por tanto, debido a la modalidad de la conducta, esto es, culposa, se estima procedente que el reembolso que se efectúe por el 60% de la condena¹⁹ (...)” (Subraya la Sala).

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de octubre de 2021, expediente 55.893, M.P. José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ.

Por lo considerado, en virtud que el análisis que acá se hizo de la responsabilidad de la demandada, fue a la luz de una culpa grave, debido a dicha modalidad que, implica el daño pero no el querer en su realización, se estima procedente que el reembolso que se efectúe sea sólo por el 60% de la condena pagada por la demandante.

Por lo anterior, la señora María Eugenia Santa García debe pagar a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial la suma de doscientos dos millones dos mil dieciocho pesos (\$202.002.018) por concepto del pago de realizado por el fallo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, correspondiente al 60% de la condena pagada por la demandante.

8. De las pretensiones de indexación, pago de intereses y ajuste de la condena con base en el IPC.

Solicita la demandante que, los dineros que se paguen a la Nación - Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, sean debidamente indexados; así como que se condene a la demandada a cancelar los intereses comerciales a su favor, desde la ejecutoria de la providencia que ponga fin al proceso; y que, se ajuste la condena tomando como base el índice de precios al consumidor.

Teniendo en cuenta que la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial debió pagar la suma de \$212.4 74.878 en virtud del fallo proferido dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; ese monto debe indexarse aplicando la fórmula aceptada y aplicada para tales casos por esta Corporación, como se definió en el numeral 7 de esta sentencia. Ello, en virtud de la pérdida de poder adquisitivo, en busca de la actualización de la suma de dinero cancelada por la demandante el 5 de mayo de 2015, trayendo la misma a valor presente. Dejando claro que, la condena que se impone pagar a la demandada en esta sentencia corresponde al 60% del valor pagado por la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Frente a la solicitud de pago de intereses, el pago de la suma de dinero por la parte demandada deberá hacerse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA, por cuanto las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia

devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, como se dirá en la parte resolutive.

Y, con relación a que la condena sea ajustada con base en el índice de precios al consumidor, así se encuentra previsto en la fórmula empleada en el numeral 7 de esta sentencia.

9. De la condena en costas.

El numeral 4 del artículo 365 del Código General del Proceso consagra: *“Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”*.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ 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.

Ahora, una vez revisado el expediente, se advierte que, la parte demandante intervino en primera instancia con la presentación de la demanda, la asistencia a las audiencias inicial y de pruebas, y, presentación de alegatos de conclusión en esa instancia. Así mismo, interpuso recurso de apelación, y alegatos de conclusión en segunda instancia. El recurso de apelación interpuesto por la demandada Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial prosperó en su integridad; y, en este caso se revoca en su totalidad la sentencia proferida en primera instancia; de manera que, por ajustarse a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, y a los criterios para ello fijados por el Consejo de Estado, en este caso, hay lugar a condenar en costas en ambas instancias por concepto de agencias en derecho, las cuales se fijan en esta instancia en 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5º numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016. Correspondiendo al Juez de Primera Instancia la liquidación de las agencias en derecho de dicha instancia, conforme al citado Acuerdo

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,

Falla

Primero: Revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de julio de 2019, y en su lugar

Segundo: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada, que denominó *“Falta de legitimación para demandar”*, *“Improcedencia de la acción de repetición por ausencia de dolo o culpa grave”*, *“Deficiencia de defensa técnica en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que dio origen a la acción de repetición”*, *“Vulneración al debido proceso por no haber sido citada o llamada en garantía dentro del proceso primigenio”*, y, *“Defecto en que se incurrió en sede de segunda instancia”*.

Tercero: Declarar responsable a título de culpa grave a la señora María Eugenia Santa García por la expedición de la resolución número 008 de 25 de mayo de 2006 que profirió en calidad de Juez Décima Civil Municipal de Manizales, mediante la cual se aceptó una renuncia y se hizo un nombramiento.

Cuarto: Condenar a la Señora María Eugenia Santa García a pagar a la **Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial** la suma de doscientos dos millones dos mil dieciocho pesos (\$202.002.018) por concepto de pago de realizado por el fallo en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, correspondiente al 60% de la condena.

Quinto: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA.

Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

Sexto: Condenar en costas en ambas instancias a la demandada señora María Eugenia Santa García, y, en favor de la demandante **Rama Judicial –**

Dirección Ejecutiva de Administración Judicial a título de agencias en derecho; las cuales se fijan en esta instancia en 1 Salario Mínimo Mensual Legal Vigente, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016. Correspondiendo al Juez de Primera Instancia la liquidación de las agencias en derecho de dicha instancia, conforme al citado Acuerdo.

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

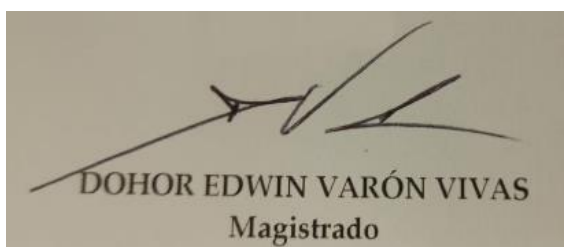
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Augusto Morales Valencia
Magistrado
Ausente con excusa

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Radicación	17001 23 33 000 2017 00687 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Diego Galvis y otros
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

I. Consideraciones

Dentro del asunto de la referencia, la demandante Martha Cecilia Arango Bernal allegó memorial promoviendo incidente de desacato por incumplimiento de la sentencia proferida dentro del asunto de la referencia el 13 de abril de 2018, mediante la cual se aprobó pacto de cumplimiento, aduciendo que desde el mes de noviembre de 2022 y lo que va corrido del 2023, se presentan falencias en las veedurías, al advertir el incumplimiento del fallo, el cual depende del apoyo presupuestal, humano y de gestión operativa por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional con sede en Bogotá; afirmando que el cumplimiento de las órdenes impartidas se ha hecho de manera parcial, lenta y negligente; y sostiene que en el año 2018, el director de Sanidad no dio viabilidad al proyecto de inversión para la modernización de la infraestructura física de la Clínica la Toscana; que desde el año 2018 no se ha efectuado un nuevo estudio sobre la adecuación de volumen que determine la productividad que tendrían los especialistas que deben adicionarse a la clínica la Toscana de Manizales; y que, apenas en el año 2020 se contrató con un operador logístico para el agendamiento de citas telefónicas.

En el memorial del incidente se afirma que, pese a que en abril del presente año se implementó la modalidad de autorización para citas con especialistas de manera virtual, hay usuarios que envían correos electrónicos y no reciben respuesta, y que carece de un sistema numérico inteligente de asignación de citas por especialidad, cancelación de citas y reprogramación de las mismas en listas de espera; y por ello, afirma que se presume incumplido el fallo.

Solicita que se allegue evidencia de si se realizó o no un nuevo estudio de prefactibilidad que determine la construcción de una nueva clínica con los estándares de habilitación en salud; así como que se indique si se efectuó estudio sobre la adecuación del volumen que determine la productividad de los especialistas a

adicionarse en la Clínica la Toscana. Igualmente solicita que se aporte prueba documental de la relación contractual del call center con las especificaciones contenidas en el memorial; el listado de los usuarios pendientes por fármacos; que se indiquen los canales de atención; que se aporte la cantidad de PQR del aplicativo SISAP WEB; e informe de la cantidad de acciones de tutela por las razones que allí relaciona.

Finalmente solicita inspección ocular a la infraestructura interna y externa de la Clínica la Toscana, y que se oficie a la Dirección de Sanidad de Bogotá, para que se informe si en lo transcurrido de 2022 y 2023 ha comunicado otro cierre de servicios de Hospitalización y urgencias de la Clínica la Toscana de Manizales.

La demandada Policía Nacional allegó memorial de respuesta, la cual obra en el documento 061 del expediente digital, exponiendo sobre lo inviable de la construcción de una nueva Clínica, concepto que se dio desde el mes de noviembre de 2018, y sostiene que mediante oficio número S-2018-056739 -ARSAN -JEFAT, suscrito por el Jefe del Área de Sanidad Caldas, se indicaba que el Área de Gestión de Salud AGESA -aprobó la apertura de los servicios medicina interna, pediatría y ginecología; y que se autorizan por el sistema de referencia y contra referencia cirugía general, oftalmología y optometría, gastroenterología, otorrinolaringología y urología; así como que contrata con terceros como IPS Caja de Compensación Familiar Confa (actualmente con AVIDANTI), estudios oftalmológicos y el Centro de Diagnóstico Urológico de Caldas, los servicios que no puede prestar en la clínica por temas de infra estructura.

Afirma que en este año, también se hizo el análisis de la adecuación de volumen con destino a la Dirección de Sanidad, donde se consideró la capacidad instalada, estudio de demanda por grupo de riesgo y nivel de atención; y que, por ello se autorizó la contratación de los anteriores especialistas de acuerdo con lo que se relaciona; así como que, la Dirección de Sanidad -Regional de Aseguramiento en Salud dio cumplimiento al punto número 3 de lo ordenado en la sentencia de pacto, intervención realizada y demostrada en su momento desde el 23 de abril de 2023; y que, en procura de la mejora continua, desde ese entonces, hasta el momento, se han seguido interviniendo a los funcionarios con el ánimo de una prestación más humanizada del servicio, de lo cual se remitió prueba documental mediante comunicación oficial del 28 de marzo de 2023, la cual anexa.

Responde a las peticiones relacionadas con la PQR y las acciones de tutela de los años 2021, 2022, y 2023 discriminadas por temas; e indica que, las solicitudes de los numerales 4 a 8, no tienen relación alguna con lo ordenado en el pacto de cumplimiento, por lo que ello induce a un error.

Ahora bien, mediante sentencia de 13 de abril de 2019 se aprobó pacto de

cumplimiento del asunto de la referencia en el siguiente sentido:

“1. Infraestructura: Efectuar un estudio de factibilidad del proyecto de inversión para la modernización de la infraestructura física de la Clínica La Toscana de Manizales, con acompañamiento de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional. El estudio será elaborado en un plazo no mayor a tres (3) meses, siguientes a la aprobación del pacto de cumplimiento mediante sentencia judicial, y presentado dentro del mes siguiente para su aprobación, ante la referida Dirección de Sanidad.

El resultado del estudio determinará la factibilidad de que continúe o no continúe el funcionamiento del quirófano de la Clínica.

En el mes de noviembre del año 2018, a más tardar, se dará curso a la adecuación del espacio donde actualmente funciona la cafetería de la Clínica, con el fin de que allí funcione la farmacia de dicho establecimiento hospitalario. Lo anterior, teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento de la Cafetería se extiende hasta el 31 de octubre del presente año.

2. Especialistas. El compromiso consiste en realizar un estudio sobre adecuación de volumen (estudio que se hace a nivel central en el cual se determina la productividad que tendrían los especialistas que se podrían contratar en el establecimiento de sanidad de la Policía Nacional) para verificar la cantidad de especialistas que se deben adicionar a la Clínica La Toscana de la ciudad de Manizales. El estudio será elaborado por la Región de Sanidad en cabeza del Mayor Carlos Bautista, en un plazo no mayor a dos (2) meses, siguiente a la aprobación mediante sentencia, del presente pacto de cumplimiento.

3. Call Center. Se gestionará presupuestalmente, a través de una modificación al Plan Anual de Adquisiciones de la presente vigencia, para incluir en el rubro de servicios públicos, **la adquisición del servicio de Call Center**, en un plazo de dos (2) meses siguientes a la aprobación mediante sentencia del presente pacto de cumplimiento.

4. Humanización del servicio. Se llevará a cabo la intervención del Grupo interdisciplinario de la Región de Sanidad número 3, al personal de funcionarios de la Clínica la Toscana, enfatizando en la humanización del servicio de salud, que comprende la integridad del servicio a los usuarios y pacientes: trato digno, respeto y consideración en todos los pasos, trámites y procedimientos relacionados con el servicio de salud a ellos prestado.”

Sea lo primero precisar que, el incidente de desacato no se refiere a un punto en concreto que se encuentre incumpliendo por parte de la accionada, sino que se hace una cita de cantidad de situaciones y solicita una cantidad de pruebas que, si bien tienen relación con las especialidades que brinda la Clínica la Toscana, el Call Center y la humanización del servicio, no son de manera precisa, las órdenes que fueron impartidas en el pacto de cumplimiento.

Ahora, frente al tema de infraestructura, relacionado con el estudio de factibilidad para la modernización de la Clínica de la Toscana, respecto de éste ha quedado demostrado que, no existe viabilidad financiera para la construcción de una nueva clínica en la ciudad de Manizales, y que la orden impartida fue realizar los estudios de factibilidad y la adecuación del espacio de la cafetería; y como se dijo en el auto del 16 de agosto de 2022, se han adelantado adecuaciones de la infraestructura física en doce puntos de la Clínica; cumpliendo ello con lo dispuesto en el numeral primero; sin que ello implique estar realizando constantemente estudios de factibilidad como lo pretende la accionante en este caso.

Con relación al tema de especialistas, se presentó informe el 05 de mayo de 2021 el cual señaló que, el estudio de adecuación de volumen fue realizado en el año 2018 y arrojó que las especialidades aprobadas y autorizadas para el funcionamiento en la red propia de la Clínica La Toscana son: Pediatría, Medicina Interna, Ginecología, Psiquiatría y Ortopedia; y en la respuesta de cumplimiento se hace un extenso listado de las áreas que se han cubierto, las entidades con las que se tienen contratados esos servicios, y, un cuadro pormenorizado de la capacidad instalada, grupos de riesgo y eventos priorizados, con número de pacientes, frecuencia de uso de la actividad, demanda de la misma, servicios ofertados, perfiles y horas ofertadas; señalándose igualmente los nombres de los médicos contratados para cada especialidad.

De lo anterior, queda demostrado que la accionada ha realizado todas las gestiones tendientes a la adecuada prestación de los servicios especializados que requieren los usuarios, garantizando la prestación del mismo, bien sea con personal contratado directamente por ella, o por contratos realizados con terceros que prestan dichos servicios, cumpliéndose así con lo dispuesto en el numeral tercero de la sentencia de pacto transcrita.

De igual manera, es preciso citar lo considerado por este Despacho mediante auto 326 de 16 de agosto de 2022, mediante el cual se resolvió no sancionar por desacato:

“(...) Igualmente, ha de tenerse presente que, si bien esta clase de servicios se requieren de manera continuada e ininterrumpida, la evaluación frente al cumplimiento del pacto aprobado mediante sentencia judicial no puede hacerse de manera indefinida y sin un corte en el tiempo.

Es por ello que, para adoptar una decisión dentro de este trámite incidental, se tienen en cuenta las pruebas aportadas al plenario y según las cuales, la entidad realizó un estudio de adecuación de volumen y ejecutó diversas contrataciones para suplir las necesidades que en materia de servicio especializado se advirtieron en aquel, vale decir, Medicina interna, Ginecología, pediatría, psiquiatría y ortopedia, todas ellas actualmente vigentes.

Luego entonces, a juicio del Despacho, con el estudio ya referido y la adición de especialistas que se ha hecho hasta ahora, la accionada ha dado cumplimiento al compromiso adquirido en este aspecto específico, lo cual no obsta para que en lo sucesivo continúe adelantando acciones de mejora que redunden en beneficio de la población a su cargo.”

Con relación al Call Center, la inconformidad que plantea la accionante en este caso es que, sólo en el 2020 se contrató un operador logístico de telecomunicaciones Call Center, afirmando que a la fecha de presentación del incidente, estaba vigente el contrato, no obstante, afirma que el mismo, carece de integración de todas las especialidades, y que los usuarios deben hacer largas filas para el agendamiento, cuando éste resulta infructuoso por ese medio; y que, a en enero del año en curso se implementó la modalidad de autorización virtual, pero que hay correos que no son respondidos, y no se puede generar acuse de recibido, y carece de sistema numérico inteligente.

Sumado a que la misma actora acepta que existe un contrato para un Call Center, se demostró que la Clínica cuenta con un contrato para la asignación de citas de la Unidad Prestadora de Salud Caldas para tal fin, y se describe detalladamente como funciona el mismo, advirtiendo lo siguiente:

“(…) Teniendo en cuenta que la población según el censo a corte 31-05-2023 es de 14.964, y la demanda por la especialidad de psiquiatra es alta y que el CALL CENTER presenta congestión de llamadas, se vio una posibilidad para que los usuarios tuvieran un punto de referencia presencial para atender sus necesidades, garantizar sus controles y continuidad en sus tratamientos. Es importante resaltar que no existen largas colas para el acceso a la solicitud de citas, dicho comentario desdibuja la realidad.

En la actualidad también se encuentra contratada la atención para los pacientes de salud mental en la red externa. Lo que ayuda a la oportunidad en la asignación de citas. (…)”

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que el acuerdo fue la gestión presupuestal para la adquisición del servicio de Call Center; lo cual se cumplió, pues no sólo hay un contrato para ello, sino que se encuentra en funcionamiento el mismo; ya el tema de las condiciones particulares de la prestación del servicio, la congestión por la cantidad de usuarios que se atiende, y lo relacionado con el sistema numérico inteligente solicitado, escapa de lo pactado, sin que pueda ahora imponerse una obligación diferente a la accionada con relación al funcionamiento del Call Center.

Finalmente, y con relación a la “*humanización del servicio*”, en el escrito de desacato no hay una referencia puntual al respecto, hace una extensa transcripción en la que se refiere a interrupciones del servicio por mala planificación, la posible terciarización de servicios, el traslado de la farmacia refiriéndose a medicamentos que no son entregados oportunamente por el operador logístico MEDIPOL; queja sobre la falta de transparencia en el proceso de selección de profesionales a prestar servicios a la entidad, y se refiere a la no prestación del servicio desde hace 3 meses.

Se acreditó con la contestación al incidente de desacato que, durante la vigencia 2022 y 2023 desde talento humano se han desarrollado diferentes actividades orientadas en el bienestar y calidad de vida de los funcionarios que se encuentran adscritos a la Unidad Prestadora de Salud Caldas; las cuales tienen como fin, trabajar sobre el trato humanizado en la Clínica de la Toscana, y hace una extensa relación de las actividades, fechas, objetivos y evidencia de las mismas.

También acredita que, la atención a los usuarios se hace a través de la ventanilla dispuesta para recepción de las órdenes médicas, lugar en el cual con el turno correspondiente se atiende y se entregan las autorizaciones con las redes contratadas, y, especifica cuáles son los canales virtuales.

Con relación al suministro de medicamentos dentro de las instalaciones de la Clínica la Toscana, sostiene la accionada que, desde el 01 de mayo de 2023, una de las

sedes de la farmacia MEDIPOL, funciona dentro de la clínica, servicio que se presta de manera ininterrumpida hasta el momento, aportando fotografías del mismo.

Por lo considerado, para el Despacho se ha demostrado el cumplimiento del numeral 4 relacionado con la humanización del servicio, para lo cual se han realizado constantes intervenciones por parte de la demandada con el equipo interdisciplinario de la Regional implementando estrategias que mejoren la humanización y la adecuada prestación del servicio de salud; sin perder de vista que ésta debe ser constante y permanente; pero, siendo conscientes que la verificación de ese punto, no puede extenderse indefinidamente en el tiempo, con cargas adicionales a las pactadas, como la intervención del grupo interdisciplinario mencionado, donde se promulgue el trato digno, el respeto y consideración en todos los trámites adelantados, como se dijo en el pacto aprobado

Por todo lo expuesto, para este Despacho, la accionada ha cumplido con las obligaciones impuestas en la sentencia aprobatoria de pacto de cumplimiento del 13 de abril de 2018, sin que encuentre mérito para abrir un incidente de desacato, absteniéndose de abrir el mismo, y disponiendo el archivo como se dirá en la parte resolutive.

Por lo expuesto, se

II. Resuelve:

Primero: Abstenerse de abrir incidente de desacato en contra de la **Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional**, por lo considerado en precedencia.

Segundo: En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **a82923bd56c326894689ea53da2e1a2f75aa3f6d5bec69941ddbad2658a7ea9e**

Documento generado en 20/10/2023 11:10:04 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE CONJUECES

Lina María Hoyos Botero
Conjuez Ponente

S. 171

Asunto: Sentencia
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-23-33-000-2017-00305-00
Demandante: JOSÉ RODOLFO OSPINA RIOBÓ
Demandados: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Seccional de la Judicatura.

Manizales, veinte (20) de octubre del año dos mil veintitrés (2023).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instaurado por el señor **JOSÉ RODOLFO OSPINA RIOBÓ**, en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, con la dirección de la **Doctora LINA MARÍA HOYOS BOTERO**, en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores Doctor **JOSÉ NORMAN SALAZAR GONZÁLEZ** y el Doctor **TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, el demandante **JOSÉ RODOLFO OSPINA RIOBÓ**, instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL** solicitando las siguientes **DECLARACIONES Y CONDENAS:**

Solicita inaplicar los siguientes preceptos jurídicos: Decretos 658 del 4 de marzo de 2008, 723 del 6 de Marzo de 2009, 1388 del 26 de abril de 2010, 1039 del 4 de abril de 2011, 0874 del 27 de abril de 2012, 1024 del 21 de mayo de 2013, 194 del 7 de febrero de 2014 y 1257 del 5 de junio de 2015, en lo que respecta a la prima especial de servicios, toda vez que en ellos se reiteran los yerros que dieron lugar a la nulidad de las normas que en tal sentido les precedieron.

Que se declare la nulidad de la Resolución No DESAJMZR16-488 del 14 de Marzo de 2016, expedida por el Director Ejecutivo Seccional de Administración Judicial en la ciudad de Manizales. Así como del acto ficto presunto de carácter negativo frente al recurso de apelación interpuesto.

Declarar la nulidad del acto ficto o presunto originado como consecuencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución DESAJMZR16-488 del 14 de Marzo de 2016, el día 29 de marzo del mismo año. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se acceda a las siguientes peticiones:

Reconocer, liquidar y pagar al señor José Rodolfo Ospina Riobó, la prima especial de servicios en cuantía del 30% prevista en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, como adicional a la remuneración básica mensual devengada desde que esta se ha desempeñado como Juez de la República, y en lo sucesivo, dando estricto cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjueces del 29 de abril de 2014, radicada bajo el No 2007-00087.

Reliquidar y pagar las prestaciones sociales devengadas por su poderdante, tales como: prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, bonificación por actividad judicial, bonificación judicial y demás emolumentos prestacionales (salud y pensión), desde el momento en que su mandante es Juez de la República hasta que permanezca vinculado en la Rama Judicial en dicho cargo, teniendo como base la remuneración básica mensual de cada año, y los demás factores salariales, adicionando el 30% que corresponde a la prima especial de servicios.

Seguir cancelando al señor José Rodolfo Ospina Riobó, los salarios y las prestaciones sociales conforme a lo expuesto por la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjueces, del 29 de abril de 2014, radicada bajo el No 2007-00087.

Las sumas del saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales deben ser actualizadas conforme al IPC, desde cuando debió surtirse el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.

Pagar los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el inciso 3º del artículo 192 del CPACA.

Condenar a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

3. HECHOS

Que el Doctor José Rodolfo Ospina Riobo, se desempeñó como Juez Administrativo del Circuito para los períodos comprendidos entre el 16 de noviembre de 2011 al 31 de octubre de 2015, del 4 de noviembre de 2015 al 30 de noviembre de 2015 y del 2 de diciembre de 2016 hasta el período actual.

Desde que el señor Ospina Riobo, se ha desempeñado como Juez de la República, ha devengado además de la asignación básica, una prima especial de servicios que ha sido cancelada mensualmente. Así mismo ha percibido por concepto de prestaciones sociales los siguientes factores salariales: bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y bonificación por gestión judicial.

De conformidad con el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, la prima especial devengada por su poderdante asciende al 30% del salario por ésta percibido. No obstante, tal emolumento está siendo cancelado de la manera correcta y tampoco se está teniendo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.

Conforme a la interpretación del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia referida, la asignación básica sirve para calcular el 30% que corresponde a la prima especial de servicios y una vez cuantificada, la misma debe ser sumada al salario básico.

La línea jurisprudencial establecida respecto al concepto de prima especial, debe considerarse como un fenómeno retributivo de carácter adicional, el cual implica un aumento en el ingreso laboral, sin importar si está definida como salario, prestación o bonificación. Por lo tanto, la interpretación correcta del artículo 14 de la Ley 43 de 1992, debe ser congruente con el principio de progresividad y favorabilidad, el cual se materializa con el incremento del salario.

De igual forma, mediante los Decretos 658 del 4 de Marzo del 2008, 723 del 6 de Marzo del 2009, 1388 del 26 de abril de 2010, 1039 del 4 de abril de 2011, 0874 del 27 de abril de 2012, 1024 del 21 de Mayo de 2013, 194 del 7 de

Febrero de 2014 y 1257 del 5 de Junio de 2015, se estableció el régimen salarial y prestacional para los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, repitiendo las normas declaradas nulas por el Consejo de Estado, mediante la sentencia del 29 de abril de 2014.

De otra parte, el Consejo de Estado rectifica la jurisprudencia tendiente a establecer cuál es la naturaleza salarial de la prima especial de servicios, determinando que dicho emolumento prestacional si tiene incidencia en la liquidación de las prestaciones sociales.

A través del derecho de petición radicado el día 8 de Marzo de 2016, su poderdante solicita a la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, el reconocimiento y pago de la prima de servicios conforme a la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sala de Conjuces del 29 de abril de 2014, radicada con el No 2007-00087.

Mediante la Resolución No DESAJMZR16-488 del 14 de Marzo de 2016, la entidad accionada no accedió a la petición elevada por su poderdante el día 8 de marzo de 2016. El día 29 de Marzo de 2016, se radicó recurso de apelación contra la Resolución anterior.

A través de la Resolución DESAJMZR16-681 del 13 de abril de 2016, la entidad accionada concedió el recuso de apelación impetrado contra la Resolución No DESAJMZR16-488 del 14 de marzo de 2016.

A través de la Resolución DESAJMZR16-681 del 13 de abril de 2016, la entidad accionada concedió el recurso de apelación impetrado contra la Resolución anterior. A la fecha no se ha resuelto aún el recurso de alzada impetrado contra el acto administrativo principal, por lo que a la fecha ya se encuentra configurado el silencio administrativo frente a la apelación, en los términos del artículo 86 de la Ley 1437 de 2011.

El día 8 de marzo de 2017, se llevó a cabo audiencia de conciliación extrajudicial en la Procuraduría 29 Judicial II para asuntos administrativos de Manizales, misma que se declaró fallida ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la parte demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente:

Normas Constitucionales vulneradas: artículos 2, 4, 9, 13, 25, 53, 93,

150 y 228.

Normas de carácter nacional vulneradas: ley 4ª de 1992; Decreto 270 de 1978, 717 de 1978, 658 de 2008, 723 de 2009, 1388 de 2010, 1039 de 2011, 0874 de 2012; 1024 de 2013, 194 de 2014 y 1257 de 2015, artículo 12; Código Sustantivo del Trabajo: artículo 21.

Aduce que, en el presente caso, es un hecho que los efectos de la "prima especial", introdujo variaciones en la base prestacional del Doctor José Rodolfo Ospina Riobó, reconociendo un derecho adquirido a partir de la promulgación de la Ley 4 de 1992, Ley Marco, la cual dispuso que el Gobierno Nacional anualmente fijará el régimen salarial y prestacional de la Rama Judicial, estableciendo en el literal a) del artículo 2º, que: "en ningún caso se podría desmejorar sus salarios y prestaciones sociales", respetando en todo caso, los derechos adquiridos por los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regimenes especiales. De igual manera, en su artículo 14 dispuso la creación de una prima sin carácter salarial no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico mensual, y que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta prima debe ser considerada como un agregado del salario básico mensual, más no como una disminución del mismo, como así lo está aplicando la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

De las pruebas que reposan en el antecedente administrativo, se concluye que el Doctor José Rodolfo Ospina Riobó, ha laborado al servicio de la Rama Judicial en calidad de Juez de la República, por lo que le es aplicable los beneficios contenidos en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, en lo relacionado con el reconocimiento y pago de la prima especial.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACIÓN- RAMA JUDICIAL**, manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjuces, Sección Segunda, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1993 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Juez de la República, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial.

Informa que, como se observa, fue la misma Ley 4ª y su desarrollo normativo, la que de manera expresa determinó que la prima especial no tiene carácter salarial, de manera que excluyó la misma de la liquidación de los otros derechos laborales que conforman la remuneración de la parte demandante, tales como prima de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados y de las prestaciones sociales.

Aduce que, no es legalmente procedente acceder a las pretensiones de la presente demanda, teniendo en cuenta que la prima del 30% de servicios fue establecida sin carácter salarial por la propia Ley 4ª de 1992, la cual fue declarada conforme con la Constitución en sentencia C-279 de 1996, razón por la cual el Gobierno Nacional está expresamente facultado para expedir los decretos salariales teniendo la potestad de determinar que el 30% de la remuneración mensual sea considerada prima especial sin carácter salarial, y por lo tanto, no contradice los mandatos constitucionales y legales.

Finalmente señala que, la actuación de la Dirección Seccional ha sido ajustada a los lineamientos jurídicos expresados, por cuanto el principio de legalidad al que se encuentran sometidos los agentes del Estado, no le permite a la entidad disponer la liquidación, reconocimiento y pago de condiciones diferentes a las autorizadas por el Gobierno Nacional como única autoridad competente para ello.

Formuló las excepciones de ausencia de causa petendi, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, cosa juzgada constitucional y de prescripción trienal.

6. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 5 de Junio de 2019.

8. ALEGACIONES FINALES

En atención al artículo 13 del Decreto 806 de 2020, 181 y 182 de la Ley 1437 de 2011, se corrió traslado de alegatos de conclusión.

Demandante.

Trajo a colación los antecedentes legales de la prima especial de servicios.

Señaló que la Rama Judicial ha dado a la norma una interpretación errada, no solo desconociendo los principios fundantes generadores de la Ley 4 de 1992, sino que está contrariando las normas legales, constitucionales y criterios jurisprudenciales reguladores del tema, al no reconocer y liquidar en debida forma y como factor salarial, el equivalente al 30% del ingreso básico mensual, el cual debe adicionarse al salario básico y no deducirse como se ha hecho, y por el contrario liquidar los salarios y prestaciones sociales en una base porcentual del 100% de la remuneración mensual y no con el 70% como se ha

venido efectuando y como claramente se evidencia en el material documental aportado y decretado dentro del proceso.

Indica que el 30% que se venía descontando a su mandante a título de prima especial de servicios, es un componente de su remuneración mensual, cuyos efectos salariales y prestacionales han sido desconocidos, en virtud a la equivocada y errónea interpretación de la entidad aquí accionada, así las cosas, es claro que se vulneran los derechos laborales de su prohijado al no liquidar en debida forma esta prestación, contrariando a toda luz los principios legales y constitucionales que forjan la seguridad jurídica de los empleados de la Rama Judicial.

Citó la sentencia del 12 de abril de 2016 proferida por el Consejo de Estado, indicando que el término de prescripción solamente es pertinente contabilizarlo desde el momento de la ejecutoria de la sentencia del 29 de abril de 2014, radicado No 11001-03-25-000-2007-00087-00 número interno 1686-07, sección segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo, y no como erradamente lo interpreta la administración (fl 185 a 189 C1).

Demandada.

La demandada reafirmó la tesis expuesta en la contestación de la demanda y agregó que, la prima especial de servicios no tiene carácter salarial tal como lo declaró la Corte Constitucional.

Puso de presente el pronunciamiento de la sentencia de Unificación SUJ-016—CE-SE2019 del 2 de septiembre de 2019 proferida por el Consejo de Estado, referente al término para contabilizar la prescripción, solicitando se declare la misma sobre las sumas de dinero previas al 8 de febrero de 2016 (fl. 149 a 152).

9. 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 en auto del 5 de Octubre de 2017 (fls. 57 a 60 C1) que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjuces realizado el pasado 23 de noviembre de 2021.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

Se surte en la presente diligencia de audiencia, y una vez verificada la totalidad de la actuación en el presente proceso, no se encuentra vicio que anule la actuación y tampoco fue propuesto en su momento por las partes en conflicto.

c. PROBLEMAS JURÍDICOS:

Se definen así:

¿Fue liquidado en debida forma el salario devengado por el demandante en calidad de Juez de la República, o bien se descontó del mismo la prima especial de servicios, equivalente al 30% del salario, generando una merma en los salarios devengados?

¿Es procedente la reliquidación y pago de las prestaciones sociales devengadas por el demandante con base en el 100 % de la remuneración básica mensual designada para cada año?

¿Tienen derecho el demandante al reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y en consecuencia, a la reliquidación y pago de sus prestaciones sociales?

¿Se le debe declarar la existencia del fenómeno de la prescripción trienal laboral, acorde con los postulados legales que a esta figura regulan?

d. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, artículo 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,

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.

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 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario sin prima: \$7.000.000 Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000 Prima especial (30%): \$3.000.000 Salario más prima: \$13.000.000 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".

De acuerdo a lo anterior, con los criterios 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.

² Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

En reciente sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado³, la cual concluyó 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, deducirla del sueldo básico, así las cosas, el demandante debió recibir el 100% por ciento de sus salario y una prima adicional equivalente al 30% por ciento del salario básico:

"...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 COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, se hace necesario analizar, la condición o no, de factor salarial que 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 1998⁴ 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

³ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjuces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

⁴ 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.

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.

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.⁵

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 Segunda⁶, 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 mensual⁷.

(...) 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:

⁵ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁶ 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.

⁷ 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".

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.”(Negrillas fuera de texto)

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:

“...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»⁸.

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»⁹.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹⁰ 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 no le reviste carácter de factor salarial.

⁸ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

⁹ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹⁰ 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.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA

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 ésta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30% del mismo sueldo 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 arrojadas al proceso, no quedan dudas que el demandante ha estado vinculado a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la República y de su análisis es claro que de su propio salario, fue extraído el valor de la prima especial de servicios, por tanto tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, al pago de su salario en un cien por ciento (100%), así como y reliquidación de prestaciones sociales sobre el porcentaje del salario disminuido.

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. A partir de la sentencia de la nulidad simple, 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 antes¹¹. 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 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 2010¹² 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

¹¹ 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.

¹² Cita de cita: *Ibídem*

notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la 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 especial¹³. 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 manifestar¹⁴: “[...] 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 ellos¹⁵. [...] 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

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

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..."

En este sentido vale la pena traer a colación 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 pasó 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 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 derechos¹⁶.

¹⁶ 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.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjueces¹⁷, 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 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 prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al*

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".

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*

¹⁹ Cita de cita: "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".

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 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 1º 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 Conjuces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, fijó una nueva posición frente al fenómeno de la prescripción:

²⁰ Cita de cita: Nemo auditur propriam turpitudinem allegans, en latín.

"...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, establecer²¹: (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 un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.***

(...)

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).

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

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, 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.

declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el **día 8 de marzo de 2016**, por ende tendría derecho al pago de la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir por concepto de prima especial de servicios y reliquidación de prestaciones sociales, **desde el 8 de marzo de 2013** en adelante, debido a la prescripción trienal.

Siendo los periodos reclamados en esta demanda, los comprendidos entre el **16 de Noviembre de 2011, hasta la fecha en que se desempeñó como Juez**, habrá de declararse que **por el periodo comprendido entre el 16 de noviembre de 2011 hasta el 7 de marzo de 2013, operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral.**

Frente al periodo contemplado **desde el 8 de Marzo de 2013 hasta la fecha cuando haya fungido o funja el demandante como Juez**, se ordenará el debido reconocimiento y pago.

10. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

Obra prueba dentro del expediente que el demandante **JOSÉ RODOLFO OSPINA RIOBÓ**, ha laborado al servicio de la Rama Judicial, en el cargo de Juez de la República desde el día **8 de Marzo de 2013** y **hasta la fecha de presentación de la demanda fungía el demandante como Juez**. Por lo tanto y conforme a los antecedentes jurisprudenciales sobre la prima de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se ordenará:

- 1.** La aplicación del régimen previsto para los servidores públicos en calidad de Juez de la República de acuerdo a su categoría, y que excluyeron el pago de la prima regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en un porcentaje del 30%, pues la misma se descontó del salario, por lo que existe un saldo impago, de ahí que se accederá a la declaración de nulidad de los actos administrativos acusados y se ordenará el reconocimiento y pago del 30% de su salario básico por concepto de la prima reclamada que fue deducida por la demandada del mismo, así como reliquidar las prestaciones sociales con inclusión del porcentaje que fue descontado del salario, por el periodo reclamado y no prescrito.
- 2.** Atendiendo a que las prestaciones sociales fueron liquidadas sobre el 70% del salario básico, se deben reliquidar las prestaciones, tomando como base de liquidación el 100% del salario básico mensual y pagar la diferencia, por el periodo reclamado y no prescrito.
- 3.** Las Sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

R: Rh X Índice final
Índice inicial

4. Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria está sentencia por el índice inicial). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.
5. Por tratarse de pagos sucesivos la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
6. Al ser factor salarial únicamente para los aportes a pensión, debe ordenarse la reliquidación con inclusión del valor de la prima especial de servicios y el cien por ciento del salario básico (100%) los aportes a pensión por todo el tiempo en que la demandante ha ocupado el cargo de Juez de la República y percibido la prima especial de servicios.
7. Sobre el periodo reclamado operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral de manera parcial, por lo que se condenará a la demandada, a realizar los pagos que correspondan conforme lo dicho en precedencia y solo respecto del periodo comprendido entre el día **8 de Marzo de 2013** y **hasta la fecha de cumplimiento de la sentencia y/o cuando haya fungido el demandante como Juez.**

En este orden de ideas se declarará probada parcialmente la excepción de *prescripción*.

8. Se negará la condena en costas.

11. COSTAS

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.

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

12. FALLA

PRIMERO: Declárase la nulidad de los actos administrativos: **DESAJMZR16-488 del 14 de Marzo de 2016, por medio de la cual se negó la solicitud de reliquidación y pago de la remuneración mensual, de la prima especial mensual, así como del acto ficto presunto de carácter negativo que confirma la decisión adoptada.**

SEGUNDO: Declárese parcialmente probada la excepción de *prescripción* sobre los periodos comprendidos entre el **16 de noviembre de 2011 hasta el 7 de marzo de 2013.**

TERCERO: En consecuencia y a título del restablecimiento del derecho se ORDENA a la NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, proceda:

a). Al reconocimiento y pago de la totalidad del salario, es decir en un 100%, sin descontar el 30% por concepto de prima (equivalente el 30%) por el periodo comprendido entre el **8 de Marzo de 2013** hasta la fecha que haya fungido y/o funja el demandante, señor JOSE RODOLFO OSPINA RIOBÓ, como Juez de la República.

b). La prima especial de servicios es un beneficio adicional al salario, que equivale al 30% del mismo, y que debe ser sumado al salario, no restado, para liquidar el ingreso mensual del trabajador, por ende se debe pagar en debida forma el salario en un cien por ciento (100%) y la prima especial de servicios de forma adicional (30%) por el comprendido entre el **8 de Marzo de 2013** hasta la fecha que haya fungido y/o funja el demandante, señor JOSE RODOLFO OSPINA RIOBO, como Juez de la República.

c). Atendiendo a que las prestaciones sociales fueron liquidadas sobre el 70% del salario básico, se deben reliquidar las prestaciones sociales y todos los emolumentos percibidos, tomando como base de liquidación el 100% del salario básico mensual, por el periodo comprendido entre el **8 de Marzo de 2013** hasta la fecha que haya fungido y/o funja el demandante, señor JOSE RODOLFO OSPINA RIOBÓ, como Juez de la República.

d). Al ser factor salarial únicamente para los aportes a pensión, debe ordenarse la reliquidación con inclusión del valor de la prima especial de servicios y el cien por ciento del salario básico (100%), de los aportes a pensión por todo el tiempo en que el demandante ha ocupado el cargo de Juez de la República y percibido la prima especial de servicios.

CUARTO: NO CONDENAR a la demandada en costas conforme se dijo en la parte considerativa de esta demanda.

QUINTO: 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. Las sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del actor, deberán ser ajustadas en los términos del artículo 178 del CPACA y los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA, de conformidad como se explica en precedencia.


SEXTO: 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.

SÉPTIMO: Evacuadas todas las etapas procesales de este proceso y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, ARCHÍVESE las diligencias.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

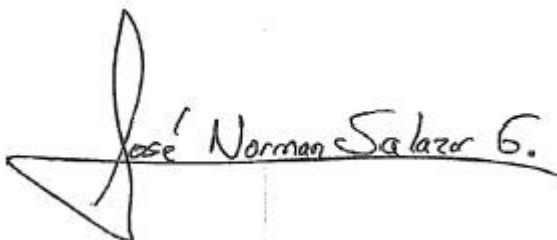
Discutida y aprobada en Sala de Decisión del día.

Los Conjuces:



LINA MARIA HOYOS BOTERO

Ponente



JOSÉ NORMAN SALAZAR GONZÁLEZ

Conjuez Revisor



TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ
Conjuez Revisor

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 187 del 23 de Octubre de 2023.</p>  <p>VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS Secretario</p>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	17-001-33-39-004-2018-00574-02
Medio de Control:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Demandante:	Alex Yucet Jaramillo Sánchez
Demandado:	Municipio de Manizales, CHEC y UNE Telecomunicaciones
Providencia:	Sentencia No. 188

Se dispone la Sala a decidir el recurso de apelación presentado por el municipio de Manizales contra la sentencia del 11 de marzo de 2022, proferida por la Juez Cuarta Administrativa del Circuito de Manizales, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora y condenó en costas a dicho ente territorial.

1. Pretensiones.

Solicita la parte accionante lo siguiente:

- Que se realicen visitas a la vía sobre la cual se encuentra ubicado el inmueble de su propiedad en la carrera 7 No. 58-57 del Barrio La Cumbre de Manizales, para que se realicen estudios y los arreglos del caso a las baldosas de cemento y evitar las filtraciones de agua que están afectando su vivienda.
- Que se realicen todas las obras necesarias en la vía para solucionar la situación presentada en el sector y brindar estabilidad a la zona.
- Que se reparen las afectaciones que presenta su vivienda como consecuencia del mal estado de la vía.

2. Hechos.

Afirma el accionante ser el propietario del inmueble ubicado en la carrera 7 No. 58-57 del Barrio La Cumbre de Manizales, sector frente al cual pasa una vía que presenta daños que por el flujo de vehículos se torna inestable. Indica que la vía está construida en pavimento rígido, con losas fracturadas que propician filtraciones de agua hacia su propiedad, generando daños estructurales en la fachada, paredes y pisos. Refiere haber elevado peticiones a la entidad territorial desde abril de 2014 sin recibir solución alguna y su vivienda continúa con el deterioro constante por el mal estado de la vía.

3. Contestación de la demanda.

Tanto el municipio de Manizales como la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. E.S.P., dieron respuesta a la demanda de manera extemporánea.

UNE EPM Comunicaciones S.A se opuso a las pretensiones de la demanda en tanto considera que no existe ningún fundamento jurídico que pueda relacionarlos con los perjuicios alegados, ya que los daños devienen de la falta de mantenimiento de la vía cuya responsabilidad está a cargo del Municipio.

4. Audiencia de pacto de cumplimiento.

De conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, el 27 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida al no presentarse fórmula de acuerdo conciliatorio entre las partes.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 11 de marzo de 2022, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA** frente a la **CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A** y

UNE TELECOMUNICACIONES S.A, conforme a lo dicho en la motiva.

SEGUNDO: DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado dentro del presente asunto propuesto por el señor ALEX YUCET JARAMILLO SÁNCHEZ frente al MUNICIPIO DE MANIZALES frente (sic) a la pretensión encaminada al sellamiento y nivelación del pavimento la calle 58 A con carrera 7ª del Barrio La Cumbre; conforme a lo dicho en la considerativa de esta decisión.

TERCERO: NEGAR, por improcedente, la pretensión relacionada con la reparación de la vivienda de propiedad del accionante por las razones expuestas en la motiva.

CUARTO: ORDENAR que, el **MUNICIPIO DE MANIZALES** en cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales de manera permanente, sin superar un lapso de dos años entre cada una, realice las siguientes gestiones como prevención de riesgo en el sector:

- Ejecutar instrumentalizaciones topográficas al menos cada dos años y adoptar las medidas de control necesarias que le permitan mantener estable el terreno del sector del Barrio La Cumbre carrera 7 calle 58.
- Realizar un monitoreo permanente que le permita mantener un control adecuado ante posibles agrietamientos, fisuras o situaciones que presente el terreno del sector.
- Implementar un plan para el manejo de aguas lluvias en superficie de la ladera y controlar así su infiltración.
- Sellar las grietas que aparezcan en el sector para no comprometer la estructura de placa de concreto.
- Tomar medidas de precaución para contrarrestar los factores de riesgo, como drenar la ladera, determinar la posición del nivel freático para diseñar las medidas de drenaje si es superficial o profundo.
- Coordinar con la entidad competente la revisión periódica de redes de acueducto y alcantarillado del sector.
- Delimitar y/o crear zonas colectoras para captación de aguas.
- Y todas las demás acciones que eviten movimiento del terreno hacia la pendiente o ladera del sector.

QUINTO: DISPONER la conformación de un Comité de Verificación en los términos del artículo 34 de la ley 472 de 1998, el cual estará integrado por el accionante, un representante del Municipio de Manizales y la señora Procuradora Judicial Para Asuntos Administrativos.

SEXTO: SE CONDENA EN COSTAS de manera parcial a favor del actor popular y en contra del Municipio de Manizales, conforme lo expuesto en la parte motiva.
[...]"

El a quo consideró que, si bien el municipio de Manizales dentro del marco de sus competencias ha adelantado acciones para mitigar el riesgo presentado en el Barrio La Cumbre, carrera 7 calle 58 de Manizales, la aludida zona se encuentra catalogada en el POT como aquellas zonas de riesgo medio -según informe de octubre de 2019 rendido por la Corporación Autónoma y Regional de Caldas, lo que sumado a las observaciones realizadas

al interior del proceso por el Ingeniero de dicha entidad, hacen inviable desligar a la entidad territorial de forma definitiva en el presente asunto. Por lo anterior estimó que el municipio de Manizales, en cumplimiento de las obligaciones que por Constitución y la Ley le han sido impuestas y a manera de prevención del riesgo, debe adoptar las acciones descritas en la parte resolutive del fallo, tal y como se anotó en precedencia.

De otro lado, condenó en costas al municipio de Manizales de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado¹, en la cual se fijaron las reglas de interpretación del art. 38 de la Ley 472 de 1998. Al respecto, consideró que *“Teniendo en cuenta el pronunciamiento anterior y dado que en este asunto no (sic) se accedió a las pretensiones de manera parcial, se procederá a su condena de igual manera, a favor del actor popular y en contra del Municipio de Manizales. En consecuencia, por Secretaría se procederá a su liquidación conforme lo disponen las normas del C. G. del P.”*

6. Impugnación.

El municipio de Manizales interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en relación con la condena en costas únicamente.

Como sustento de la alzada, el ente territorial invocó una sentencia del Consejo² de Estado que a la letra dice:

*La Sala revoca la decisión del a quo de condenar en costas a la parte demandada. En su lugar, niega la condena en costas en las dos instancias, por las siguientes razones: De acuerdo con los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 361 del Código General del Proceso, las sentencias que deciden los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deben resolver sobre la condena en costas, que están integradas por las expensas y gastos en que incurrió la parte durante el proceso y por las agencias en derecho. Esta regla que no se aplica a los procesos en los que se ventile un interés público. Por su parte, el artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así: “[...] 5. **En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial**, expresando los fundamentos de su decisión. [...] 8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. Respecto a la condena en costas de que trata el Código General del Proceso, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “La condena en costas*

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Decisión, C.P. Rocío Araujo Oñate, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-S

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Consejero ponente: Milton Cháves García. Bogotá, cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 70001-23-33-000-2012-00022-02(22914). Actor: Juan Bautista Serna Serna. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra". En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), por cuanto prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, estas circunstancias deben analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación". Una vez revisado el expediente, se advierte que no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, no procede la condena en costas. /rft/

Aduce la accionada que, al no estar demostrados los hechos generadores de la condena en costas, deberá revocarse tal decisión y abstenerse de tomar la citada medida.

7. Alegatos en segunda instancia.

7.1. Parte demandante: guardó silencio.

7.2. Parte demandada.

Une Telecomunicaciones S.A. allegó memorial de alegatos reiterando las excepciones propuestas al contestar la demanda. Las demás entidades accionadas guardaron silencio.

El Ministerio Público no rindió concepto.

I. Consideraciones de la Sala

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Cuáles son las reglas a tener en cuenta para la imposición de costas en los procesos promovidos en ejercicio del medio de control de protección de derechos e interés

colectivos?

- ¿Se cumplen en el sub iudice las reglas o requisitos para condenar en costas al municipio de Manizales?

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 *“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.” /rft/*

Así mismo debe tenerse presente que el Consejo de Estado, en Sala de Decisión Especial, mediante sentencia de unificación de fecha 6 de agosto de 2019³, estableció las siguientes reglas de unificación respecto de las costas y agencias en derecho en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos; sentencia que valga decir, es la misma citada por el a quo para resolver sobre la condena en costas en cuestión.

Dicha sentencia de unificación es del siguiente tenor literal:

63. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

164. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya actuado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibidem.

165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Decisión, C.P. Rocío Araujo Oñate, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU

166. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

167. En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación.

169. Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el fallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto.

170. Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”

Así las cosas, es claro que, cuando las pretensiones de la parte accionante prosperan, hay lugar a condenar en costas a la parte accionada; la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

La sentencia de unificación también deja claro que *“En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación.” /rft/*

Resulta de la mayor importancia tener presente también que, las agencias en derecho se entienden causadas siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y es entonces el juez quien determinará su quantum en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto y de conformidad con las tarifas establecidas por

el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se observa que, el a quo profirió condena parcial en costas en favor de la parte actora y en contra de la parte accionada, municipio de Manizales; ello, en atención a que las pretensiones de la demanda prosperaron parcialmente, tal y como se desprende de la providencia materia de apelación.

De igual manera, la parte accionante interpuso la demanda directamente y esta circunstancia, por sí sola, le permite acceder al reconocimiento de las agencias en derecho, las cuales, como bien lo advirtió el a quo, serán liquidadas conforme lo disponen las normas del C. G. del P.

Así las cosas, encuentra la Sala que en el presente caso sí hay lugar a condenar parcialmente en costas a la parte accionada, municipio de Manizales, tal y como lo hizo el a quo.

En conclusión, será confirmada la sentencia de primera instancia.

Costas en segunda instancia.

No se condena en costas en esta instancia comoquiera que no se observa que las mismas se encuentren causadas.

Por lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia de primera instancia, proferida por la Juez Cuarta Administrativa del Circuito de Manizales, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora y condenó en costas a dicho ente territorial.

Segundo: Sin condena en costas en esta instancia.

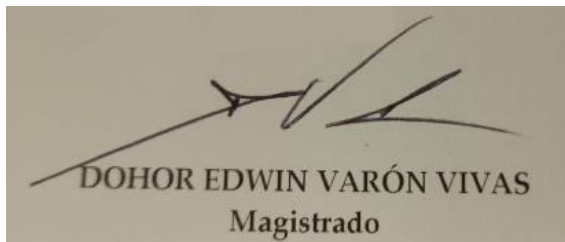
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Augusto Morales Valencia
Magistrado
Ausente con excusa

17001-23-33-000-2019-00114-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de OCTUBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 481

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia dictada dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CARMEN EMILIA CÁRDENAS ARIZA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**.

En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

RECONÓCESE personería a la abogada **ÁNGELA MARÍA RODRÍGUEZ CAICEDO**, identificada con la C.C. 36'953.346 y T.P. N° 144.857 del CSJ, como apoderada principal de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-**, en los términos del poder a ella conferido /fls. 165 a 173/ del cuaderno principal.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicación:	17001 33 39 004 2019 00327 02
Clase:	Protección de derechos e intereses colectivos
Accionante:	Enrique Arbeláez Mutis
Accionado:	Municipio de Manizales
Vinculados:	Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas, Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa- FFIE
Providencia:	Sentencia No. 191

Revisa la Sala por vía de impugnación, la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales en el proceso que en ejercicio del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos promovió el señor Enrique Arbeláez Mutis contra el municipio de Manizales.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Solicita el accionante proteger los derechos colectivos a la defensa de los bienes de uso público, a la prevención de desastres previsibles técnicamente y a la moralidad administrativa, presuntamente vulnerados por el municipio de Manizales al incumplir el compromiso de construir las aulas para básica y media, dos aulas especializadas, una batería sanitaria para básica y media y un baño para personas con movilidad reducida en la Institución Educativa Mariscal Sucre.

2. Hechos.

Manifiesta el accionante que en el año 2015 la Institución Educativa Mariscal Sucre presentó un proyecto al Ministerio de Educación para la ampliación de la estructura educativa en aras de mejorar las condiciones pedagógicas y potenciar los espacios requeridos para la implementación de la jornada única, siendo seleccionada porque únicamente cuenta con nueve aulas para 13 grupos en la jornada de la mañana, además de programas en didáctica flexibles como Universidad en tu Colegio e Inglés.

Aduce que el 3 de octubre de 2018, el Concejo Municipal en sesión llevada a cabo dentro de la institución educativa, logró que la Secretaría de Educación del municipio se comprometiera a iniciar las obras en el mes de enero siguiente. Refiere que en el año 2019 hicieron estudios arquitectónicos y de suelos, pero posteriormente se indicó que no se iniciaría la obra en 2019, a la espera de unos estudios de Corpocaldas, que no se habían tenido en cuenta. Explica que Corpocaldas ha realizado muchas obras alrededor de la quebrada para mitigar el riesgo en varios puntos críticos, que a un lado está la Escuela de Carabineros y el espacio para el Colegio es grande, lo que hace viable la obra sin ninguna disculpa técnica.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Municipio de Manizales.

Contestó la demanda indicando que al accionante se le manifestó por parte de la Secretaría de Educación que, antes de iniciar las obras para la adecuación del Colegio Mariscal Sucre se debía contar con los conceptos técnicos de la Secretaría de Planeación y de Corpocaldas en aras de verificar si el terreno era apto para construir allí las obras de ampliación de la sede educativa. Una vez expedidos los conceptos por parte de dichas autoridades, se supo que la zona donde se tenían proyectadas las obras no es apta porque se encuentra expuesta a riesgos naturales por inundación y deslizamiento, razón por la cual se decidió interrumpir la ejecución de las mismas.

Así las cosas, se opuso a las pretensiones de la demanda dadas las condiciones técnicas del terreno y la zona de reserva y retiro que debe existir entre la quebrada y la institución educativa.

Propuso como excepciones las que denominó: “Inexistencia de violación de derechos colectivos”, que sustenta en que la administración municipal está actuando conforme a derecho, ya que por las condiciones del terreno y por mandatos legales sobre zonas de reserva para construcciones, no se pueden ejecutar las obras. “Fuerza mayor y caso fortuito”, con fundamento en la cual solicita exonerar al municipio de cualquier responsabilidad, remarcando que son externas las causas que han impedido que se

cumplan las obras de adecuación del Colegio Mariscal Sucre, toda vez que el terreno donde está la institución no cumple con los requisitos mínimos para que pueda soportar las mejoras. “Excepción genérica”.

3.2. Corporación Autónoma Regional de Caldas- CORPOCALDAS.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda y señaló que desconoce los aspectos relacionados con las solicitudes o trámites administrativos presentados para la ampliación de la Institución Educativa Mariscal Sucre y/o los compromisos adquiridos por la Secretaría de Educación del municipio de Manizales. Señala que es cierto que el 18 de marzo de 2019 la Secretaría de Educación realizó ante Corpocaldas solicitud sobre los criterios para determinar la faja de protección con el fin de mejorar la infraestructura Educativa Mariscal Sucre. Que en respuesta a lo anterior, dicha corporación emitió concepto bajo el número 2019- IE-00016524 del 27 de junio de 2019, explicando el riesgo alto por deslizamiento e inundación de la zona donde se tiene proyectada la construcción y recomendando a la Secretaría de Educación realizar los estudios en el marco de la gestión del riesgo de desastres, de amenaza y riesgo por inundación y/o torrencialidad, según los términos de referencia que expida la Alcaldía Municipal en concordancia con el Decreto 1807 de 2014 compilado en el Decreto 1077 de 2015, artículo 2.2.2.1.3.1.1 al 2.2.2.1.3.4.2.; estudio detallado que debe ser sometido a evaluación y aprobación por parte de la autoridad municipal (Unidad de Gestión del Riesgo). Igualmente indicó que, considerando que el proyecto se encuentra en zona de protección hidráulica y zona de protección de servicios, se concluyó que el mismo era incompatible con la determinante ambiental de la faja de protección del cauce de la Quebrada Olivares-Minitas, ello, en atención a los usos permitidos de la faja de protección señalados en el artículo quinto de la Resolución 561 de 2011, los cuales fueron acogidos por el Plan de Ordenamiento Territorial. No obstante lo anterior, señaló que en el evento de existir una mejor propuesta de demarcación, la misma podía ser presentada ante Corpocaldas, para lo cual era necesario radicar los estudios de detalle respectivos, y adelantar previamente la desafectación por amenaza y riesgo por parte de la autoridad municipal, lo anterior con el fin de que Corpocaldas proceda a realizar el análisis de la propuesta, y determine si, acorde con la normatividad ambiental vigente y los criterios técnicos para el acotamiento de las rondas hídricas, es o no factible establecer nuevos criterios de demarcación. Indica que, pese a la recomendación expuesta, a la fecha de contestación de la demanda Corpocaldas no había recibido estudio de detalle alguno referente a la faja de protección del cauce urbano.

Propuso las excepciones de:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva” pues las pretensiones se encuentran fuera de la órbita de su competencia. Recalca que las facultades de ejecutar acciones de

prevención y mitigación del riesgo, al igual que las acciones tendientes al adecuado ordenamiento del territorio y correcta ocupación del mismo, son del resorte exclusivo de las entidades territoriales municipales. Aduce que son los Concejos Municipales y Distritales los que determinan el Plan de Ordenamiento Territorial –POT- y dentro de estos, la clasificación del suelo y la destinación de cada una de las áreas del territorio, de manera tal que todas las actividades que se pretendan desarrollar dentro del municipio sean acordes al Plan de Ordenamiento Territorial. Manifiesta que la determinación de la factibilidad de desarrollo o intervención en cualquier sector del territorio municipal categorizado como de amenaza y riesgo por diferentes tipos de eventos (como inundaciones y/o avenidas torrenciales), así como la re-categorización del riesgo y el establecimiento de las medidas de mitigación correspondientes, debe obedecer al resultado de un estudio de detalle, cuya evaluación, análisis y aprobación, así como la determinación de los términos de referencia para su ejecución, corresponde a una competencia directa de la Administración Municipal (a través de la Unidad de Gestión del Riesgo-UGR).

“Cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación Autónoma Regional de Caldas- Corpocaldas, en atención a su órbita de competencia”, la cual sustenta en que las autoridades ambientales, particularmente las Corporaciones Autónomas Regionales, se encuentran facultadas para delimitar las fajas de protección de los ríos y fuentes en el área de su jurisdicción tal y como lo establece el literal d) del artículo 83 del Decreto Ley 2811 de 1974, esto es, definir el límite físico de las rondas hídricas de los cuerpos de agua, lo cual Corpocaldas ha llevado a cabo en el Departamento de Caldas.

“Ausencia de transgresión de los derechos reclamados”, aduciendo que, lejos de contrariar las disposiciones legales o los derechos colectivos invocados por el actor y la comunidad, la delimitación de la faja de protección constituye un área de especial importancia que permite la conservación y preservación del sistema hídrico, el medio ambiente, los recursos naturales, así como prevenir las amenazas y riesgos naturales. Indica que en el presente caso no existe vulneración alguna a los derechos colectivos invocados por el demandante, considerando que Corpocaldas ha dado respuesta de fondo y de manera oportuna a la solicitud efectuada por la Secretaría de Educación del municipio en los términos anteriormente citados, explicando las razones por las cuales en la actualidad el proyecto de ampliación de la Institución Educativa es incompatible no sólo con los usos del suelo por razón del riesgo, sino igualmente desde el punto de vista de la faja protectora de la Quebrada Olivares-Minitas. Refiere que más allá de los conceptos emitidos, Corpocaldas carece de competencia en lo atinente a la formulación de estudios detallados de amenaza y riesgo por inundación y/o torrencialidad, asunto que escapa de su órbita de competencia, pero advierte que aquellos resultan necesarios sea que pretenda o no desarrollar el proyecto de ampliación, ello, con el fin de definir las obras de mitigación de riesgo en el sector. En lo referente a las fajas de protección reitera que en la actualidad, las mismas se

encuentran fijadas y acogidas en el Plan de Ordenamiento Territorial, mismas que resultan incompatibles con el proyecto de ampliación de la Institución Educativa Mariscal Sucre, advirtiendo que la modificación de tales criterios puede ser analizada por la Corporación siempre y cuando existan mejores criterios de demarcación y se cumpla con los condicionamientos de la normatividad ambiental vigente al momento de su presentación.

3.3. La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa- FFIE.

Señaló que el Ministerio de Educación Nacional adelantó el proceso de licitación pública LP-MEN-018-2015, mediante el cual se seleccionó a la entidad fiduciaria que tiene a su cargo la administración y representación del Patrimonio Autónomo constituido con los recursos transferidos del FFIE, suscribiéndose el Contrato de Fiducia Mercantil No. 1380 de 2015 entre el Ministerio de Educación Nacional y el Consorcio FFIE Alianza-BBVA, constituyéndose así el Patrimonio Autónomo del Fondo de la Infraestructura Educativa (PA-FFIE).

Explicó que de forma paralela el Ministerio de Educación celebró con las Entidades Territoriales los siguientes Convenios: Convenio Interadministrativo Marco 1025 de 2015, Convenio Interadministrativo Específico No. 1283 de 2016 y Contrato Marco de Obra – CMO-No. 1380-39-2016.

Mencionó que en el año 2016, el PA-FFIE, adelantó la Invitación Abierta FFIE 004 de 2016 con el propósito de elegir el oferente para llevar a cabo el “CONTRATO MARCO DE DISEÑOS, ESTUDIOS TÉCNICOS Y OBRA QUE EJECUTE LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA POR EL FONDO DE FINANCIAMIENTO DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA–FFIE-, EN DESARROLLO DEL PLAN NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA” en ocho (08) regiones del país, de acuerdo con los Términos y Condiciones Contractuales–TCC-.

Manifestó que en consecuencia, el Comité Fiduciario del PA FFIE, en sesión No. 55 llevada a cabo el 16 de junio de 2016, seleccionó al Contratista de Obra (Consorcio Mota Engil), para la ejecución de las obras del Grupo 1, por lo que el 12 de julio de 2016 el CONSORCIO FFIE ALIANZA BBVA, suscribió con el Consorcio Mota Engil el Contrato Marco de Obra 1380-39-2016 y para el proyecto objeto de la Acción Popular se suscribió el Acuerdo de Obra No. 400086 del 1 de diciembre de 2017.

Realizó la trazabilidad del proyecto concluyendo que actualmente, con el fin de continuar con la ejecución del proyecto. se solicitó a la ETC Manizales, mediante oficio con radicado FIE2021EE013130 del 1 de octubre de 2021, los términos de referencia para la elaboración de los estudios de amenaza y riesgo por inundación, del cual la Secretaría de Planeación

Municipal dio traslado a la Unidad de Gestión de Riesgo, sin que a la fecha se tenga respuesta.

Propuso como excepciones las que denominó:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva por parte del Ministerio de Educación Nacional”, al estimar que la responsabilidad en la ejecución del Plan Nacional de Infraestructura Educativa no es exclusiva del Ministerio de Educación Nacional, toda vez que son las entidades territoriales las encargadas de poner a disposición los predios saneados para llevar a cabo las obras respectivas.

“Cumplimiento por parte del Ministerio de Educación Nacional de sus obligaciones en relación al Plan Nacional de Infraestructura Educativa”, indicando que las atribuciones y competencias constitucionales y legales correspondientes al Ministerio de Educación Nacional frente al Plan Nacional de Infraestructura Educativa, han venido siendo ejecutadas debida y oportunamente, siendo las dificultades del predio las que han impedido la ejecución de las obras proyectadas en la IE Mariscal Sucre.

4. La providencia impugnada.

Mediante sentencia proferida el 24 de febrero de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas *“Cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a Corpocaldas en atención a su órbita de competencia”* y *“Ausencia de transgresión de los derechos reclamados”* propuestas por la Corporación Autónoma Regional de Caldas Corpocaldas y la de *“Cumplimiento por parte del Ministerio de Educación de sus obligaciones en relación al Plan Nacional de Infraestructura Educativa”* y no probadas las de *“Inexistencia de violación de derechos colectivos”* y *“Fuerza mayor y caso fortuito”*, propuestas por el Municipio de Manizales. En consecuencia,

SEGUNDO: DECLARAR que el MUNICIPIO DE MANIZALES-CALDAS, es responsable de la violación de los derechos colectivos a *“la educación en su dimensión colectiva”* y el *“derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente”* de la comunidad educativa de la sede principal de la Institución Educativa Mariscal Sucre de la ciudad de Manizales.

TERCERO: ORDENAR al MUNICIPIO DE MANIZALES -CALDAS, que dentro del término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo, se adelanten las gestiones de carácter legal, administrativo y presupuestal para realizar los estudios que se requieran, si no se han hecho, para la viabilización del predio a intervenir en la Institución Educativa Mariscal Sucre, los cuales deberán ser presentados a las autoridades competentes para su valoración dentro del mes siguiente. Si se hallare que el Proyecto de ampliación de las instalaciones fuera viable en términos ambientales y de riesgo, el Municipio de Manizales dentro del mes siguiente

deberá adelantar los trámites pertinentes para la modificación del POT respecto de esta franja de terreno y de manera inmediata solicitará la licencia de construcción. De todos estos trámites mantendrá informado al Ministerio de Educación- FFIE.

CUARTO: NO DESVINCULAR de la presente acción a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS - CORPOCALDAS y al MINISTERIO DE EDUCACIÓN- FONDO DE FINANCIAMIENTO DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA –FFIE, por lo manifestado en precedencia.

[...]

OCTAVO: COSTAS a favor del actor popular y en contra del MUNICIPIO DE MANIZALES- CALDAS, por lo considerado en esta providencia.”

Para adoptar su decisión, la juez analizó el alcance de los derechos colectivos invocados así como el marco normativo que le da sustento al Plan Nacional de Infraestructura Educativa y la implementación de la jornada única en el sistema educativo; frente a esto último concluyó que al Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa y, por ende, al Ministerio de Educación, les corresponde adelantar todas las gestiones administrativas y financieras para garantizar el cumplimiento de las metas del Gobierno Nacional para la implementación de la jornada única educativa, lo cual, efectivamente, ha venido realizando a través de una fiducia mercantil que convoca y suscribe los respectivos contratos de obra y de algunos convenios interadministrativos con las entidades territoriales para la consecución de recursos adicionales y la viabilización de los predios donde se adelantara la construcción de la infraestructura necesaria para la implementación de dicha jornada.

Realizó una reconstrucción cronológica de la forma como se ha desarrollado el proceso contractual para la intervención de la planta física de la sede principal de la Institución Educativa Mariscal Sucre, con base en la información aportada al expediente por la entidad demandada y las vinculadas, de la cual se resalta lo siguiente:

- El 11 de febrero de 2019, la Curaduría Urbana de Manizales negó la Licencia de Construcción de las obras en mención, mediante la Resolución No. 19-2- 0053-NG.
- El 27 de junio de 2019, Corpocaldas indica que se debe realizar un estudio detallado de “amenaza por avenidas torrenciales”.
- El municipio de Manizales envía oficio a UG- FFIE solicitando no dar viabilidad al proyecto por no contar con los recursos para los estudios.
- El 4 de septiembre de 2019 el Consorcio Mota Engil manifiesta que no continuará con las obras.
- El 1 de octubre de 2021 el PA-FFIE solicita al municipio de Manizales los términos de referencia para estudios de amenaza y riesgo por inundación.
- El 5 de octubre de 2021 el municipio de Manizales - Secretaría de Planeación da traslado de la solicitud a la Unidad de Gestión del Riesgo.

Con base en la prueba recaudada, el a quo concluyó que:

i) La sede principal de la Institución Educativa Mariscal Sucre del Municipio de Manizales se encuentra priorizada desde el año 2016 por el Ministerio de Educación- FFIE dentro del Plan Nacional de Infraestructura Educativa para la implementación de la jornada única escolar en esta institución.

ii) Para tal efecto el Ministerio de Educación- FFIE dispuso una inversión de \$11.773.780.075, mientras el Municipio de Manizales destinó unos recursos por valor de \$8.200.000.000.

iii) Una vez realizado el proceso de selección del contratista por parte del PA FFIE, se eligió al Consorcio Mota Engil para ejecutar el contrato de obra que consistía en estudios, diseños y construcción.

iv) Dicho consorcio ejecutó la primera fase denominada estudios y diseños y una fase intermedia para la elaboración de los estudios de amenaza y riesgo por movimientos en masa. v) El Consorcio Mota Engil manifestó no continuar con la ejecución del proyecto el cual fue reasignado a la Unión Temporal CIARC EDUCAR.

vi) Esta Unión Temporal únicamente realizó el diagnóstico de los ajustes que debían realizarse a los estudios y diseños y posteriormente también solicitó la terminación anticipada del contrato.

vii) Para la ejecución de las obras se deben resolver inicialmente dos asuntos que fueron evidenciados en los estudios iniciales, con respecto a las condiciones de viabilidad del predio donde se van a ejecutar las obras, el primero, la ubicación del mismo en una zona de amenaza y riesgo por inundación en los términos del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Manizales y, el segundo, por encontrarse en la zona de protección hidráulica y de servicios, según la Resolución No. 561 de 2012 proferida por la Corporación Autónoma Regional de Caldas- Corpocaldas.

viii) Ante esta situación se negó la Licencia de Construcción por parte de la Curaduría Urbana competente.

ix) Según el numeral 3 de la Cláusula Segunda del Convenio Interadministrativo 1283 de 2016 suscrito entre el Ministerio de Educación y el Municipio de Manizales, a quien corresponde entregar los predios viabilizados para desarrollar el Plan Nacional de Infraestructura Educativa es al ente territorial.

x) En el expediente se encuentra un estudio realizado por Altair Ingenieros que determina las obras que deben realizarse para la mitigación del riesgo por inundación, el cual, a juicio de la entidad territorial, será tenido en cuenta para la ejecución del proyecto.

xi) Así mismo, el Ministerio de Educación- FFIE informa la existencia de una resolución de actualización cartográfica desafectando la condición de amenaza por deslizamiento del predio, sin embargo, dicha resolución no reposa en el expediente ni fue informada por el Municipio de Manizales.

xii) A pesar de que el Ministerio de Educación FFIE solicitó al Municipio de Manizales los términos de referencia para estudios de amenaza y riesgo por inundación, el único trámite

que ha adelantado el ente territorial es el traslado de la solicitud de la Secretaría de Planeación a la Unidad de Gestión del Riesgo.

xiii) Hasta tanto el predio no se encuentre saneado no podrá darse continuidad a la ejecución del proyecto.

Por lo anterior, evidencia que la entidad territorial ha sido negligente con respecto a los trámites que le corresponde adelantar para que el predio que se requiere en la ejecución del proyecto quede saneado, colocando en riesgo no sólo la cantidad de recursos que se están destinando por parte del Ministerio de Educación, sino el derecho a la educación en su dimensión colectiva, en tanto de su diligencia depende que la comunidad educativa de la sede principal de la Institución Educativa Mariscal Sucre pueda gozar de una infraestructura física que amplíe las posibilidades de permanencia de los educandos en el sistema escolar y potencialice sus habilidades, competencias y calidad de vida en beneficio de la colectividad.

Se condenó en costas al municipio de Manizales y en favor del actor popular, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación, en la cual fijó las reglas de interpretación del art. 38 de la Ley 472 de 1998. Se indicó, además, que por Secretaría se procederá a su liquidación conforme lo disponen las normas del C. G. del P.

5. La Impugnación.

El municipio de Manizales impugnó el fallo de primera instancia por las siguientes razones:

- Porque no se declararon probadas las excepciones de inexistencia de violación de derechos colectivos y fuerza mayor y caso fortuito propuestas por el ente territorial, a pesar de que no se ha amenazado el acceso al servicio público de educación ni se han trasgredido otros derechos colectivos; a su juicio, ha sido la fuerza mayor o caso fortuito lo que ha impedido ejecutar las obras o mejoras en dicho colegio y así lo corrobora el informe de Corpocaldas, según el cual, no se puede construir en dicho predio al estar condicionado por amenaza y riesgo por inundación, avalancha y/o torrencialidad. Insiste en que aún se desconocen las áreas del predio habilitadas para construir, no existen todavía estudios técnicos detallados que permitan realizar obras sobre las zonas de Reserva, pues éstos apenas se están contratando.

- Estima que el ente territorial ha protegido los derechos colectivos invocados, precisamente al no realizar las obras de ampliación en la Institución Educativa respetando las restricciones de un suelo que está condicionado por amenaza y riesgo por inundación y/o

torrencialidad; afirma que, al no construir en esa zona, se está evitando exponer a la comunidad educativa a un desastre o riesgo de desastre natural.

- Considera que se debe revocar la orden proferida en el fallo de primera instancia por cuanto la Administración Municipal ha venido adelantando todas las gestiones legales y administrativas, así como presupuestales para la realización de los estudios de viabilización de las obras a ejecutar en la Institución educativa Mariscal Sucre. Como evidencia de lo ya expuesto indica que adjuntan el informe de la Secretaría de Educación y el Acta de Inicio suscrita el día 27 de enero de 2022, esperando que el resultado de los estudios y el trámite de desafectación del predio de esta condición ante las autoridades competentes quedará surtido el día 27 de marzo de 2022, siempre y cuando el estudio arroje que la intervención en el sitio de implantación del proyecto sea viable.

- Finalmente, impugna la condena en costas pues considera que las mismas no proceden en tratándose de una acción pública como la que ocupa la atención de la Sala.

6. Alegatos de conclusión.

Las partes guardaron silencio.

7. Ministerio Público.

El Ministerio Público considera procedente que se confirme la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se decidió proteger los derechos colectivos a la educación en su dimensión colectiva y a la prevención de desastres previsibles técnicamente de la comunidad educativa, cuya vulneración se concreta en la falta de ejecución de los trámites administrativos para la viabilidad del predio donde se va ejecutar el proyecto de intervención de la infraestructura física de la sede principal de la Institución Educativa Mariscal Sucre, para la implementación de la jornada única, actuaciones que le corresponden al municipio de Manizales.

II. Consideraciones de la Sala

1. Naturaleza de las acciones populares.

El artículo 2º, inciso segundo, de la Ley 472 de 1998, en desarrollo del artículo 88 de la Constitución Política, dispone que las acciones populares 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; y al

tenor del artículo 9º ibidem, esas acciones 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.

Con el ejercicio de la presente acción se pretende la protección de los *derechos* colectivos a “la educación en su dimensión colectiva” y “la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente” de la comunidad educativa de la sede principal de la Institución Educativa Mariscal Sucre de la ciudad de Manizales, cuya vulneración se atribuye al municipio de Manizales por negarse a realizar el estudio de detalle que se requiere para determinar si el predio en donde se tiene proyectada la ampliación de dicha sede educativa es apto para ejecutar allí las obras de infraestructura que se tienen previstas en aras de garantizar el servicio escolar en jornada única; ello, pues actualmente dicho predio se encuentra clasificado como zona de riesgo por inundación en el Plan de Ordenamiento Territorial; además, forma parte de la infraestructura ecológica conformada por la faja de retiro del cauce (Quebrada Olivares-Minitas), la que está constituida por zona de protección hidráulica y zona de protección de servicios.

2. Derecho al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Tal y como lo dejó ver el a quo en su momento, con la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, se estableció que *“El Gobierno nacional y las entidades territoriales certificadas en educación, diseñarán planes para la implementación, de forma gradual, de la jornada única en un plazo que no supere al año 2025 en las zonas urbanas y el 2030 para las zonas rurales. [...]”* (Parágrafo del artículo 57, que modifica el artículo 85 de la Ley 115 de 1994)

Ha quedado establecido en el proceso que, para implementar la jornada única en la Institución Educativa Mariscal Sucre de la ciudad de Manizales, se requiere la construcción de 3 aulas para básica y media, 2 aulas especializadas, 1 comedor, 1 cocina, 1 servicios generales, 1 batería sanitaria básica y media y 1 baño para personas con movilidad reducida. Así mismo, que corresponde al municipio de Manizales entregar los predios viabilizados para desarrollar el Plan Nacional de Infraestructura Educativa, tal y como quedó establecido en el numeral 3 de la Cláusula Segunda del Convenio Interadministrativo 1283 de 2016 suscrito entre el Ministerio de Educación y el Municipio de Manizales.

El predio sobre el cual se proyecta la construcción no está viabilizado para implantar la infraestructura ya referida, razón por la cual el municipio de Manizales ha debido observar las recomendaciones que Corpocaldas realizó en Oficio 2019-IE-00016524 27/06/2019

dirigido en su momento al Secretario de Educación de dicha entidad territorial, tal y como pasa a verse a continuación:

“• Para el análisis de la situación se procedió a revisar el Concepto de Uso del Suelo otorgado por Secretaría de Planeación Municipal bajo radicado SPM 4132-2017, con base en el cual se concluye que el predio con ficha catastral 101000000750001000000000, en donde está localizada la Sede Educativa Mariscal Sucre y en la cual se pretende realizar las adecuaciones de la infraestructura educativa - enmarcadas dentro del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”-, se encuentra en zona de desarrollo condicionado de la estructura ecológica, por estar aledaño al área de interés ambiental Ecoparque Los Yarumos, en suelo de desarrollo condicionado por estar en amenaza y riesgo por inundación y en la Faja de Protección del cauce de la Q. Olivares-Minitas.

• De acuerdo con la revisión particular del caso, las adecuaciones de la infraestructura educativa de que se habla, estarían sujetas a un desarrollo condicionado por estar en amenaza y riesgo por inundación y a los usos permitidos en la Faja de Protección del cauce de la Q. Olivares-Minitas.

• En lo de competencia de CORPOCALDAS, es decir, en lo relacionado con la Faja de Protección del cauce y la Resolución 561 de 2012, se procedió a revisar la viabilidad de aplicar otros posibles criterios para ser implementados, según lo establecido en el Parágrafo 1 del Art. 6 de la mencionada Resolución, tal como fue solicitado por la Secretaría de Educación de Manizales, para lo cual se tuvo en cuenta lo siguiente: [...] la Zona de Protección Hidráulica y Ambiental-ZPHA como primer componente de la Faja de Protección (asociada en este caso principalmente al Retiro de Amenaza por Inundación y Torrencialidad) sigue afectando el predio por lo cual tampoco sería aplicable este criterio.

• En lo de competencia de la Administración Municipal, es decir, en lo relacionado con el suelo de desarrollo condicionado por amenaza y riesgo de inundación y/o torrencialidad, se tiene que de acuerdo con el Concepto de Uso del Suelo otorgado por la Secretaría de Planeación Municipal, dicho desarrollo está condicionado a la realización de un Estudio Detallado para la incorporación de la Gestión del Riesgo en el Ordenamiento Territorial.

• Por lo anterior, esta Corporación concluye que para este caso en particular, el único criterio a aplicar para el caso expuesto por la Secretaría de Educación de Manizales, sería la realización de un Estudio Detallado de “Amenaza por Avenidas Torrenciales”, según lo establecido en el POT de Manizales, en el Concepto de Uso del Suelo de Secretaría de Planeación Municipal bajo radicado SPM 4132-2017 y en los términos establecidos por el Decreto 1077 de 2015, Art. 2.2.2.1.3.1.1 a 2.2.2.1.3.4.2. Es importante recordar que los Estudios Detallados “...están orientados a determinar la categorización del riesgo y establecer las medidas de mitigación correspondientes”¹, por tanto, se hace necesario que se desarrollen dichos estudios con el fin de determinar la mitigabilidad o no del riesgo, y de ser mitigable, establecer las medidas estructurales y/o no estructurales correspondientes que deban ser implementadas.

• Una vez el estudio determine que es viable la mitigabilidad del riesgo en el sitio y la administración municipal de acuerdo a sus competencias, proceda a modificar el uso del suelo, que para este caso, se encuentra bajo la categoría de desarrollo condicionado por amenaza y/o riesgo de inundación y/o avenida torrencial, la Autoridad Ambiental podrá evaluar la nueva propuesta de demarcación y posible modificación de la Faja de Protección del cauce de la Q. Olivares-Minitas, con base en los resultados del estudio de detalle, en el predio en donde se encuentra la Sede Educativa Mariscal.

• En este sentido, el estudio detallado deberá ser sometido a evaluación y aprobación, por parte de la Autoridad Municipal (Unidad de Gestión del Riesgo), en lo referente a la desafectación por amenaza y riesgo; y por parte de CORPOCALDAS, en lo referente a la modificación de la Faja de

Protección a partir del estudio de detalle, cada una en el marco de sus competencias.”

Como puede verse, aunque el predio en cuestión tiene actualmente unas limitantes ambientales que condicionan el uso del suelo, puede acudir a un estudio de detalle que determine si el riesgo por inundación y/o torrencialidad puede ser mitigado con obras estructurales o no estructurales; y en caso positivo, someter dicho estudio a evaluación y aprobación por parte de la autoridad municipal en materia de prevención y control del riesgo, dado lo cual se debe proceder a desafectar el predio del condicionamiento que actualmente tiene en el Plan de Ordenamiento Territorial; del mismo modo, el estudio debe ser sometido a la evaluación y aprobación de Corpocaldas con el fin de que por parte de dicho organismo se determine a partir del mismo, si resulta viable la modificación de la faja de protección del cauce de la Q. Olivares-Minitas.

De la superación de tales escollos depende la viabilización del predio para la implantación allí de la infraestructura física que se requiere a fin de adoptar la jornada única en la Institución Educativa Mariscal Sucre de esta ciudad. Y no puede ser de otra manera porque si bien esta comunidad educativa tiene derecho a la prestación del servicio de educación en instalaciones aptas para responder a las nuevas exigencias del Plan Nacional de Desarrollo, ello debe darse en condiciones de seguridad.

Sobre el tema, el Honorable Consejo de Estado en Sentencia AP-0285 del 11 de junio de 2004, Magistrada Ponente Ligia López Díaz se ha pronunciado al respecto¹:

De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, es finalidad y obligación del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos, de manera directa o a través de sus agentes, pero conservando su control y vigilancia.

La prestación de los servicios públicos es una finalidad inherente al Estado y a través de ellos, se propende el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población, lo cual explica la eficiencia y oportunidad con la que deben ser atendidos.

El derecho consagrado en el literal j) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, referido al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, entraña la protección a la colectividad, pues la deficiente prestación de un servicio público puede incluso llegar a poner en peligro la vida, la integridad personal y los bienes de los asociados.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la importancia que tiene la prestación de los servicios públicos, de la siguiente manera:

“La finalidad social del Estado colombiano adquiere plena vigencia mediante la prestación de los servicios públicos que son inherentes a ella, para asegurar en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, la prosperidad general, la convivencia pacífica y el servicio a la comunidad, en forma adecuada y permanente, permitiendo además la realización de los derechos

¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia AP-0285 del 11 de junio de 2004, M.P. Ligia López Díaz.

*fundamentales de las personas, y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (C.P., arts. 2º, 365 y 366)”.*²

*Los servicios públicos deben ser prestados de manera eficiente y oportuna para cumplir la finalidad inherente al Estado y para que, a través de ellos, se propenda el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Su prestación debe responder a criterios de calidad del servicio que, conforme al artículo 367 de la Constitución, deben ser señalados por la ley.*³

Se desprende entonces, que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos a la comunidad y procurar la calidad de los mismos; es un mandato ineludible el velar por el cumplimiento de parámetros de seguridad necesarios en las sedes donde se presta un servicio público como el de educación de niños, niñas y adolescentes, quienes bajo la tutela del Estado acuden a ellas en procura de formación intelectual, física y ética de para su desarrollo integral.

En particular el artículo 67 de la Constitución Política dispuso:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia y a los demás bienes y valores de la cultura.”

Es un imperativo constitucional y legal del Estado a través de sus agentes, en este caso del ente territorial, proceder a realizar el estudio de detalle recomendado por la autoridad ambiental desde el año 2019, pues el servicio educativo no solo se concreta a la enseñanza impartida por los profesores a los estudiantes, sino que comprende la adaptación de los espacios físicos necesarios, dignos y seguros, en donde estudiantes, docentes y administrativos puedan desenvolverse y cumplir a cabalidad su propósito.

3. Derecho colectivo a la Seguridad y Prevención de Desastres Previsibles Técnicamente, consagrado en el literal l) de la Ley 472 de 1998.

Sobre el contenido y alcance del derecho colectivo citado, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁴ ha dicho lo siguiente:

*“Ni la Constitución ni la Ley contienen una definición del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente. En el informe de ponencia sobre derechos colectivos, presentado por los constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero se afirmó “En verdad el ser humano tiene derecho a vivir libre de peligros y riesgos públicos, razón por la cual no debe estar expuesto, a sabiendas, a daños contingentes capaces de afectar su integridad personal o patrimonial.”*⁵

² Corte Constitucional, Sentencia T-380 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AP-741 del 28 de noviembre de 2002, M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

⁴ Consejo de Estado - Sección Cuarta - Sentencia del once (11) de junio de dos mil cuatro (2004), C.P. Ligia López Díaz, radicado número 25000-23-27-000-2000-0285-01 (AP – 0285).

⁵ Ponencia sobre derechos colectivos presentada por los constituyentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero; Gaceta constitucional N° 58 de abril 24 de 1991, citada por Pedro Pablo Camargo en “Las Acciones Populares y de Grupo” p. 154.

A su vez el artículo 2° de la Ley 46 de 1988 que crea y organiza el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, define el desastre como “el daño grave o la alteración grave de las condiciones normales de vida en un área geográfica determinada, causada por fenómenos naturales y por efectos catastróficos de la acción del hombre en forma accidental, que requiera por ello de la especial atención de los organismos del Estado y de otras entidades de carácter humanitario o de servicio social.”

De acuerdo con las anteriores definiciones, es posible concluir que la consagración legal de este derecho colectivo pretende garantizar que la comunidad no esté expuesta a sufrir un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre en forma accidental, cuando estas circunstancias pueden ser evitadas.

Para que proceda la protección de este derecho a través de la acción popular, basta que una comunidad geográficamente determinada sea vulnerable a padecer un evento que tenga el carácter de catastrófico.

Tratándose de fenómenos naturales no es posible su neutralización como ocurre con los terremotos o erupciones volcánicas, pero en muchos casos sí pueden evitarse o atenuarse sus efectos desastrosos disminuyendo la vulnerabilidad de la población, por ejemplo a través de obras civiles o traslados, etc. Si el origen de estos eventos se encuentra en la actividad humana y se conocen los riesgos de la labor, también es posible tomar las medidas de prevención necesarias para que no ocurran o en caso de suceder, se atenúen sus efectos.

Por ello es necesario concretar en la acción popular tanto el peligro potencial como la vulnerabilidad de la comunidad, para que el juez pueda definir de manera precisa la conducta a cumplir con el fin de proteger el derecho o el interés colectivo amenazado o vulnerado. Ello no es posible cuando se plantea en forma abstracta la posible ocurrencia de un desastre, como por ejemplo cuando genéricamente se señala la posibilidad de un terremoto pero sin precisar la vulnerabilidad de la zona”. (Subrayado fuera de texto).

Con fundamento en este postulado, se observa que el derecho colectivo en mención pretende garantizar que la comunidad no esté expuesta a sufrir un daño grave originado en un fenómeno natural o por la acción del hombre en forma accidental, cuando estas circunstancias puedan ser evitadas. Siendo ello así, el ejercicio de la acción popular no solo procede para remediar derechos colectivos ya vulnerados, sino también, como acción preventiva ante la amenaza o el riesgo de un derecho colectivo, es decir, *basta que una comunidad geográficamente determinada sea vulnerable a padecer un evento que tenga el carácter de catastrófico* para que el Estado actúe no solo frente a la ocurrencia de hechos que materialicen la vulneración de los derechos colectivos, sino también a evitar situaciones que propicien los hechos o conductas que desencadenen la lesión de los derechos que se consideren en amenaza.

Al respecto conviene señalar que, el argumento de defensa que opone el municipio para tratar de exonerarse de responsabilidad en este proceso, esto es, la ocurrencia de un hecho fortuito o una fuerza mayor⁶ como impedimento para asumir las obligaciones a su cargo,

⁶ En el ordenamiento jurídico colombiano se prevé la fuerza mayor como una situación imprevisible o irresistible, que puede tener como causa un hecho de la naturaleza, como un terremoto, o también puede provenir de actos de las autoridades, entre otros eventos⁵⁸. De igual forma, la jurisprudencia, al establecer el alcance de la fuerza mayor, con base en los requisitos previstos en la norma en relación con la imprevisibilidad y la irresistibilidad de los hechos, ha concluido que, en todo caso, los eventos que se califiquen bajo esta categoría deben corresponder a fenómenos externos a los sujetos cuyo comportamiento es estudiado⁵⁹ (Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez

carece de sustento fáctico y jurídico toda vez que, hasta ahora se desconoce si el riesgo en el sector es o no mitigable y a esa certeza sólo se llega a partir del estudio de detalle recomendado por la autoridad ambiental, el cual se encuentra a cargo del municipio de Manizales como ente responsable de gestionar el riesgo en su jurisdicción.

Conforme a lo dicho y de existir amenaza de los derechos colectivos que atenten contra el bienestar de esta población, es importante perpetuar el mandato constitucional que consagra la protección especial de los derechos fundamentales de los menores, para lo cual el artículo 44 de la Constitución Política prescribe:

“ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”
(Negrillas fuera de texto)

Conclusión:

Emerge con claridad que el Estado debe aunar esfuerzos administrativos y financieros que permitan tomar las mejores y más adecuadas decisiones a partir de las conclusiones que se obtengan de la aplicación de los instrumentos técnicos con que se cuenta actualmente para detectar el grado o nivel de los riesgos o amenazas naturales y la mitigación o no mitigación de los mismos con obras estructurales o no estructurales.

Ahora bien, del acervo probatorio allegado, se deduce que el municipio de Manizales no ha realizado aún el estudio de detalle ordenado en el fallo de primera instancia y por lo tanto, a ojos de esta Sala de Decisión, persiste la incertidumbre frente a los condicionamientos que pesan sobre el predio sub examine, motivo que conlleva a confirmar la orden impartida en la sentencia de primera instancia.

Rico Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022). Radicación número: 85001-23-33-000-2017-00074-02 (66.729)

8. Condena en costas en primera instancia.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 472 de 1998 *“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.”* /rft/

Así mismo debe tenerse presente que el Consejo de Estado, en Sala de Decisión Especial, mediante sentencia de unificación de fecha 6 de agosto de 2019⁷, estableció las siguientes reglas de unificación respecto de las costas y agencias en derecho en el medio de control de protección de derechos e intereses colectivos; sentencia que valga decir, es la misma citada por el a quo para resolver sobre la condena en costas en cuestión.

Dicha sentencia de unificación es del siguiente tenor literal:

63. El artículo 38 de la Ley 472 de 1998 admite el reconocimiento de las costas procesales a favor del actor popular y a cargo de la parte demandada, siempre que la sentencia le resulte favorable a las pretensiones protectorias de los derechos colectivos, y la condena en costas, a la luz del artículo 361 del Código General del proceso, incorpora tanto el concepto de expensas y gastos procesales como el de las agencias en derecho.

164. También hay lugar a condenar en costas a la parte demandada, en los componentes de expensas y gastos procesales y de agencias en derecho, cuando haya actuado con temeridad o mala fe. En este último evento, también habrá lugar a condenarlo al pago de la multa prevista en la disposición 38 ibidem.

165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda le sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código general del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia.

166. Conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 472 de 1998, armonizado con el artículo 361 del Código General del Proceso, en las acciones populares la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Veintisiete Especial de Decisión, C.P. Rocío Araujo Oñate, seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU

167. *En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación.*

169. *Para este efecto, se entenderá causada la agencia en derecho siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y su acreditación corresponderá a la valoración que efectúe el fallador en atención a los criterios señalados en el numeral 4 del artículo 366 del Código General del Proceso, es decir, en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto, o a cualquier otra circunstancia especial que resulte relevante para tal efecto.*

170. *Las agencias en derecho se fijarán por el juez aplicando las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular, con independencia de si actuó directamente o mediante apoderado, u otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.”*

Así las cosas, es claro que, aunque la popular es una acción o medio de control de naturaleza pública, sí procede la condena en costas a cargo de la parte vencida en el proceso; no obstante, si la vencida es la parte actora, la condena en costas contra la misma solo será viable si la demanda fue presentada de manera temeraria o de mala fe.

Cuando las pretensiones de la parte accionante prosperan, hay lugar a condenar en costas a la parte accionada; lo propio ocurre si esta última actúa de manera temerario o de mala fe. En esos eventos, la condena en costas a favor del actor popular incluye las expensas, gastos y agencias en derecho con independencia de que la parte actora haya promovido y/o concurrido al proceso mediante apoderado judicial o lo haya hecho directamente.

La sentencia de unificación también deja claro que *“En cualquiera de los eventos en que cabe el reconocimiento de las costas procesales, bien sea en cuanto a las expensas y gastos procesales o a las agencias en derecho, bien sea a favor del actor popular o de la parte demandada, la condena se hará atendiendo las reglas previstas en el artículo 365 del Código General del Proceso, de forma que sólo se condenará al pago de aquellas que se encuentren causadas y se liquidarán en la medida de su comprobación.”*

/rft/

Resulta de la mayor importante tener presente también que, las agencias en derecho se entienden causadas siempre que el actor popular resulte vencedor en la pretensión protectoria de los derechos colectivos y es entonces el juez quien determinará su

quantum en atención a la naturaleza, calidad y duración del asunto y de conformidad con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto se observa que, el a quo profirió condena en costas en favor de la parte actora y en contra de la parte accionada, municipio de Manizales; ello, en atención a que las pretensiones de la demanda prosperaron, tal y como se desprende de la providencia materia de apelación.

La parte accionante interpuso la demanda directamente y esta circunstancia, por sí sola, le permite acceder al reconocimiento de las agencias en derecho, las cuales, como bien lo advirtió el a quo, serán liquidadas conforme lo disponen las normas del C. G. del P. y atendiendo a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el actor popular conforme se dice en la jurisprudencia allí citada.

Así las cosas, encuentra la Sala que en el presente caso sí hay lugar a condenar en costas a la parte accionada, municipio de Manizales.

9. Costas en segunda instancia.

No se condena en costas comoquiera que no se advierte actuación de la parte actora en esta instancia.

Es por lo expuesto que el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 24 de febrero de 2022 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales en el proceso que en ejercicio del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos promovió el señor Enrique Arbeláez Mutis contra el municipio de Manizales.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

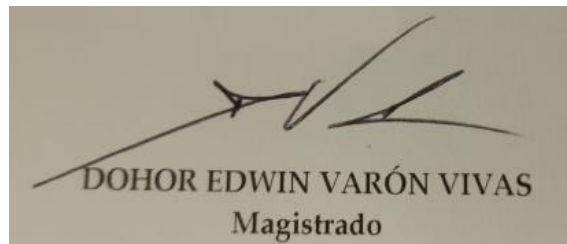
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones que sean del caso en el programa “Justicia XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Augusto Morales Valencia
Magistrado
Ausente con excusa

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Radicación	17001 23 33 000 2021 00165 00
Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante	Wilson Abel Leguizamón Pinzón y Paula Milena Leguizamón Victoria
Demandado	Ministerio de Educación – Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa – FFIE – y departamento de Caldas – Secretaría de Educación.

I. Consideraciones

El 5 de junio del año en curso, este Despacho ordenó apertura de incidente de desacato contra la señora Aurora Vergara Figueroa como Ministra de Educación Nacional, y la señora Adriana González en su calidad de Gerente del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - FFIE –, por el incumplimiento de la sentencia dictada por este Tribunal el tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), en la que se resolvió entre otros:

“(…) SEGUNDO: Declarar que el Ministerio de Educación y el Departamento de Caldas vulneraron el derecho colectivo al patrimonio público por motivo de la ejecución de las obras para la ampliación y mejoramiento de las IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, Caldas.

TERCERO: En consecuencia, se ORDENA: El Ministerio de Educación a través del FFIE y el Departamento de Caldas por intermedio de la Secretaría de Educación, realizar mesas técnicas de obra semanales en las cuales de manera conjunta se valide puntual y detalladamente los avances de los contratos vigentes o que deban celebrar para la culminación de las obras en las IE Gerardo Arias Ramírez sede John F Kennedy y Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, a efectos de garantizar:

- El cumplimiento estricto de los cronogramas de obras por parte de los contratistas.*
 - Detectar y evaluar las situaciones técnicas y/o financieras que estén dando lugar o puedan dar lugar a retrasos en las obras*
 - Tomar y ejecutar las decisiones puntuales que eviten posibles retrasos, dentro del marco de las obligaciones de las partes.*
 - Iniciar inmediatamente de detectado un incumplimiento, la aplicación de las medidas de apremio previstas en los contratos y previo el trámite allí previsto.*
- En estos comités deberán participar representantes de los contratistas y de la interventoría, y serán debidamente documentados.*
- Las mesas técnicas de obras deberán llevarse a cabo hasta la*

culminación de los plazos contractuales.

Estas órdenes deberán ejecutarse de forma inmediata a partir de la expedición de la sentencia. (...)"

Con ocasión al incidente en mención, el Ministerio de Educación Nacional allega memorial que reposa en el documento 103 del expediente digital en el cual se pronuncia sobre el cumplimiento en la ejecución de las obras en el siguiente sentido:

"(...) Para la IE JAIME DUQUE GRISALES se realizó la entrega de este proyecto el pasado 21 de octubre de 2022 a la comunidad educativa y la ETC como se evidencia en el acta de entrega por espacios (se adjunta acta). Sin embargo, durante la ejecución del contrato se presentaron incumplimientos por el contratista de obra CONTEIN S.A.S, frente a lo cual se tramitó la aplicación de la cláusula penal de apremio la cual está en firme para conminar al contratista al cumplimiento, así mismo también se dio inicio al procedimiento de aplicación de la cláusula penal.

(...)

Con relación a la IE GERARDO ARIAS RAMIREZ SEDE JOHN F KENNEDY, se indica que actualmente el contrato se encuentra suspendido, en razón a la solicitud realizada a la Entidad Territorial Certificada y Entidad Territorial frente a la necesidad de realizar los aportes requeridos para la ejecución de la obra con relación a las Obras Complementaria Fundamentales y No fundamentales y el mayor alcance solicitado.

Frente al Proyecto IE JAIME DUQUE GRISALES como se ha informado la principal situación que se presentó en la ejecución del contrato está asociado al incumplimiento de los plazos establecidos para la ejecución del proyecto por parte del contratista de obra, frente a lo cual la interventoría solicitó en varias oportunidades los planes de contingencia que suplieran los retrasos evidenciados. Teniendo en cuenta que se continuó presentando demoras durante la ejecución de la obra, la interventoría solicitó el inicio del proceso de incumplimiento por apremio, el cual una vez surtido quedó en firme, y posterior a la terminación del contrato debido al incumplimiento de la entrega la interventoría solicitó el inicio del proceso de incumplimiento para aplicar la cláusula penal.

(...) Con respecto a la IE GERARDO ARIAS RAMIREZ SEDE JOHN F KENNEDY es pertinente indicar que el proyecto fue asignado al CONSORCIO AULAS NACIONALES y PAYC SAS, en el marco de la invitación abierta No 008 y 009 de 2019, y en consecuencia el 20 de mayo de 2020 se suscribieron los contratos de obra e interventoría respectivamente, con el número 1380-1277-2020 para la continuidad del proyecto.

No obstante, la Entidad Territorial Certificada solicitó el cambio de implantación previamente diseñado, por lo que se procedió a realizar la modificación contractual para incorporar la etapa de estudios y diseños iniciando los contratos el 23 de junio del 2021."

De igual manera, el Ministerio de Educación relaciona en su respuesta, cada una de las solicitudes que ha realizado a la Gobernación de Caldas en lo relacionado con el giro de los recursos en beneficio de la IE Gerardo Arias Ramírez, y poder levantar la suspensión y ejecutar lo que corresponda frente a la obra; dejando presente que, a la fecha no se ha realizado lo correspondiente con la el recurso asignado por parte de la ETC; así como aporta las actas de avance de obras que reposan en el documento 105 del expediente digital, con 24 páginas.

Sostiene finalmente que, es la Entidad Territorial Certificada ETC, a la que le corresponde realizar los giros de los recursos a la fiducia mercantil, y en efecto, proceder y ejecutar las obras suspendidas, de manera que, al FFIE, el contratante y

el contratista, les quedaría imposible desarrollar el objeto contractual dentro de requerido por el actor y las directrices del Plan Nacional de Infraestructura Educativa – PNIE.

Por lo considerado, en vista que el Ministerio de Educación ha realizado las gestiones y actividades necesarias para validar los avances de las obras en las instituciones educativas Gerardo Arias Ramírez sede John F. Kennedy y, Jaime Duque Grisales del municipio de Villamaría, habiéndose realizado la entrega de la Institución Jaime Dique Grisales; y, encontrándose suspendido el Gerardo Arias Ramírez, en virtud de una solicitud realizada por la Entidad territorial Certificada y la entidad territorial, frente a la necesidad de realizar los aportes requeridos para la ejecución de obras complementarias, al alcance solicitado; es procedente el cierre del incidente de desacato al cual se le dio apertura, resolviendo no sancionar a la señora Aurora Vergara Figueroa como Ministra de Educación Nacional, ni a la señora Adriana González en su calidad de Gerente del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - FFIE –; dejando presente que, si bien el FFIE no dio respuesta al incidente en mención, por lo expuesto por el Ministerio de Educación, éste tampoco tiene incidencia en el estado actual del proceso de la obra de la institución Gerardo Arias Ramírez, la cual fue suspendida por razones ajenas a dichas instituciones.

Por lo considerado, al constatar el cumplimiento de las órdenes impartidas en la sentencia de tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022) dictada por este Tribunal, se procede a cerrar el incidente de desacato que se abrió el 5 de junio de 2023 y, se decide no sancionar, como se dirá en la parte resolutive.

Por lo expuesto, se

II. Resuelve:

Primero: No sancionar a la señora Aurora Vergara Figueroa como Ministra de Educación Nacional, ni a la señora Adriana González en su calidad de Gerente del Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - FFIE –.

Segundo: Cerrar el incidente de desacato abierto el 5 de junio de 2023 contra las mencionadas en el ordinal primero.

Tercero: En firme esta decisión, archívese el expediente.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **f386ed1f12bf2d07f78f0592b09bde7800b7c81a705c9abb3b286f154d94fb81**

Documento generado en 20/10/2023 11:11:22 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinte (20) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Radicado	17-001-23-33-000-2021-00016-00
Medio de control	Nulidad Y Restablecimiento Del Derecho
Demandante	María Nancy Quintero Ramírez
Demandado	La Nación – Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 189

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados Fernando Alberto Álvarez Beltrán, Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia¹, proceden a dictar sentencia de primera instancia, en el presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Nancy Quintero Ramírez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones

Pretende la parte demandante, lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar la nulidad de las resoluciones números 1678-6 del 21 de mayo del 2020, y la resolución que resolvió el recurso de reposición número 2356-6 del 03 de agosto del 2020, notificada por correo electrónico el día 18 de agosto del 2020, realizadas por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, que negaron liquidar las cesantías Parciales de mi poderdante con el régimen que le corresponde que es el de retroactividad y ordenar el cambio de régimen.

¹ Ausente con excusa.

SEGUNDO: Declarar que mi representada tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, le reconozca y pague las cesantías parciales del 23/03/1993 al 30/12/2017, con el régimen de retroactividad.

A TITULO DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

PRIMERO: Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague las cesantías parciales del 23/03/1993 al 30/12/2017, con el régimen de retroactividad, a que tiene derecho por cumplir los requisitos de ley, se ordene pagar la diferencia no pagada.

SEGUNDO: Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la del (sic) dinero adeudado, referida en el numeral anterior, de conformidad con el artículo 187 de la ley 1437 del 2011 C.P.A.C.A. tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que se efectuó el pago de la cesantía, hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso.

TERCERO: Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – DEPARTAMENTO DE CALDAS, que se dé cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 de la ley 1437 del 2011-CPACA en lo que corresponda.

CUARTO: Condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandada a favor de mi poderdante la señora MARÍA NANCY QUINTERO RAMÍREZ.”

2. Hechos

Como hechos relevantes de la demandada, la Sala se permite resumir los siguientes:

- La señora María Nancy Quintero Ramírez fue nombrada como docente en propiedad por medio del Decreto Nro. 023 del 23 de marzo de 1993, por parte del municipio de Pensilvania – Caldas, tomando posesión del cargo en la misma fecha. Se dice por la demandante que ella fue nombrada fue sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la ley 43 de 1975.
- Mediante Resolución número 9322-6 del 21 de noviembre del 2018, le fue reconocida la cesantía parcial a la señora María Nancy Quintero Ramírez, por un valor de \$55.715.333, bajo el Régimen de Anualidad.
- El día 26 de marzo del 2019, con el radicado SAC 2019PQR4016, la parte actora solicitó que se liquidaran las cesantías parciales de forma retroactiva y no anualizada, y

mediante Resolución número 1678-6 del 21 de mayo del 2020, fue resuelta la petición de forma negativa. Tal decisión fue confirmada por medio de la Resolución número 2356-6 del 03 de agosto del 2020, la cual fue notificada por correo electrónico el día 18 de agosto del 2020.

3. Normas violadas y concepto de violación

Fundamenta sus pretensiones en la violación de las siguientes normas:

Artículo 17 de la Ley 6 de 1945; artículo 1 de la Ley 65 de 1946; artículo 6 del Decreto 1160 de 1947; artículo 1 de la Ley 91 de 1989 artículo 176 de la ley 115 de 1994; Decreto 196 de enero 25 de 1995 – reglamentario del artículo 6° de ley 60 de 1993 y del artículo 176 de la ley 115 de 1994.

Considera que, de acuerdo con la fecha de posesión de la demandante y con los documentos que obran en el expediente que acreditan su carácter de “*municipal financiado*”, el régimen prestacional que le es aplicable es el que corresponde a los empleados del orden territorial, integrado por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947. De conformidad con estas disposiciones, la cesantía debe liquidarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado, teniendo en cuenta el último salario devengado (a menos que haya tenido modificaciones en los 3 últimos meses), y computando todo aquello que implique directa o indirectamente, retribución ordinaria y permanente de servicios. Dice que dicho régimen es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

Expone que en el año 1993 es expedida la ley 60, la cual en su artículo 6° se refirió por primera vez a la afiliación de los docentes Territoriales – Departamentales, Distritales y Municipales al FNPSMM; y con respeto del régimen del que venían gozando en cada entidad territorial señaló: “...*El régimen prestacional aplicable a los actuales docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones será el reconocido por la Ley 91 de 1989, y las prestaciones en ellas reconocidas serán compatibles con pensiones o cualesquiera otra clase de remuneraciones. El personal docente de vinculación departamental, distrital y municipal será incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetará el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial...*”

Indica que con el Decreto 196 de enero 25 de 1995 – reglamentario del artículo 6° de la ley 60 de 1993 y del artículo 176 de la ley 115 de 1994 se estableció que: *“Los docentes departamentales distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales que estén vinculados a la fecha de vigencia del presente Decreto, serán incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el procedimiento establecido en el capítulo IV de este Decreto y el cumplimiento de los requisitos formales establecidos para el efecto, quedando eximidos de los requisitos económicos fijados para afiliación, siempre y cuando se encuentren vinculados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces. A estos docentes se les respetará el régimen prestacional que tengan al momento de la incorporación y no se les podrá imponer renunciaciones o exclusiones a riesgos asumidos por la ley y las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos a que se refiere el artículo 9 del presente Decreto.*

Los docentes que se vinculen al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio con posterioridad a la incorporación de que trata el inciso inmediatamente anterior, deberán cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica y se afiliarán con sujeción al régimen establecido en la Ley 91 de 1989, en sus decretos reglamentarios y en las disposiciones que los modifiquen adicionen o sustituyan.”

Agrega que, el régimen de liquidación de cesantías en el sector público sólo cambió por el anualizado con la expedición de la ley 344 de 1996, art. 13° – diciembre 27 – y su decreto reglamentario 1582 de agosto 5 de 1998 – salvo para los docentes nacionales y nacionalizados, que ya había sido regulado en el artículo 15 numeral 3° de la ley 91 de 1989 -. Este decreto determinó que “el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los **fondos privados** de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5o. y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”.

Según estima, lo anterior indica que antes del 31 de diciembre de 1996 a los servidores públicos territoriales – y dentro de ellos los docentes territoriales – se les liquidaban las cesantías de manera retroactiva con el último salario.

4. Contestación de la demanda.

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

Guardó silencio.

4.2. Departamento de Caldas.

Se tiene por no contestada la demanda comoquiera que no se aportó el poder para actuar conferido a quien aparece suscribiendo el memorial.

5. Alegatos de conclusión.

La parte demandante guardó silencio.

Sin pronunciamiento por parte de las demandadas.

II. Consideraciones de la Sala

La parte demandante depreca la nulidad de las Resoluciones 1678-6 del 21 de mayo del 2020 y 2356-6 del 03 de agosto del 2020, por medio de las cuales se negó la liquidación de las cesantías parciales teniendo en cuenta el régimen de retroactividad.

En consecuencia, solicita la reliquidación y pago de las cesantías con aplicación del régimen de retroactividad desde el 23/03/1993 hasta el 30/12/2017.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos principales que se deben resolver en esta instancia se resumen en las siguientes preguntas:

- ¿Según su vinculación al servicio, cómo está clasificada la docente María Nancy Quintero Ramírez?
- ¿Le asiste derecho a la demandante a que se le reliquiden las cesantías parciales con aplicación del régimen retroactivo?

En caso positivo

- ¿A qué entidad le corresponde el reconocimiento y pago de las cesantías reclamadas?

2. Lo Probado

Conforme a lo señalado en la etapa de definición del litigio, se probó lo siguiente:

- La señora María Nancy Quintero Ramírez fue nombrada en propiedad como docente por medio del Decreto Nro. 023 del 23 de marzo de 1993, por parte del municipio de Pensilvania – Caldas, en el marco de un plan de universalización de la educación básica primaria promovida por el Ministerio de Educación Nacional. /Cdno 02/
- La docente tomó posesión del cargo el 23 de marzo de 1993. /Cdno 02/
- Según el contenido del formato único para la expedición de certificado de Historia Laboral del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la docente María Nancy Quintero Ramírez pertenece al régimen anual de cesantías. /Cdno 02/

3. Caso concreto.

Para determinar la clasificación de la demandante, según su vinculación al servicio, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 1 de la Ley 91 de 1989, el cual distingue tres categorías de docentes así:

***“Personal nacional.** Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*

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.

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

***Parágrafo.** Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad” (Negrilla del texto, Subraya de la Sala)*

El artículo 10 de la Ley 43 de 1975 establece que:

***Artículo 10º.-** En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza*

primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al expediente, la Sala concluye que la plaza docente en la cual fue nombrada la demandante fue creada por el municipio de Pensilvania Caldas en virtud de un plan de universalización de la educación básica primaria auspiciado por el Ministerio de Educación Nacional.

A partir de esa premisa y tomando como punto de referencia la fecha de vinculación de la demandante a la docencia oficial, se procederá a determinar el régimen prestacional a ella aplicable.

Ahora bien, frente al régimen de liquidación de cesantías, establece la Ley 91 de 1989 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 1 de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes. Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

...

3. Cesantías:

A. Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1. de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1o. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre el 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.*

...
..." (Subrayas y negrilla fuera del texto)

Asimismo, en el párrafo del artículo 2° *Ibidem* estipuló cómo se reconocerían y pagarían las prestaciones sociales causadas hasta la fecha de promulgación de la mencionada Ley 91 de 1989, así:

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

Las prestaciones sociales del personal nacional, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se reconocerán y pagarán de conformidad con las normas prestacionales del orden nacional, aplicables a dicho personal.

Las prestaciones sociales del personal nacionalizado, causadas hasta la fecha de promulgación de la presente Ley, se seguirán reconociendo y pagando de conformidad con las normas que regían en cada entidad territorial en el momento de entrar en vigencia la Ley 43 de 1975. [...]»

Sobre el alcance del anterior precepto legal, el Consejo de Estado² ha señalado:

Ahora bien, pese a que allí no se indicó el régimen de cesantías aplicable a los docentes que la misma norma calificó como territoriales, lo cierto es que el legislador creó el Fondo Nacional del Prestaciones Sociales del Magisterio para atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de promulgación de esta ley (91 de 1989), con observancia del régimen ya señalado y «de los que se vinculen con posterioridad a ella» (subraya fuera de texto), tal como lo previó el artículo 4 ejusdem.

[...]

Visto lo anterior, se concluye:

(i) que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y;

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00169-01(2320-18)

(ii) a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1. de enero de 1990 (lo que según la definición contenida en los artículos 1. y 2., corresponde a los nacionales o territoriales que por cualquier causa se lleguen a vincular en tal calidad, sin hacer distinción entre nacionales y territoriales), se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, esto es, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

Sobre el punto es válido resaltar que la aludida falta de distinción efectuada por el Legislador en cuanto a la calidad de los docentes nombrados y posesionados a partir del 1.º de enero de 1990, es el criterio fundamental para verificar en sede administrativa y judicial cada caso presentado por los docentes oficiales que solicitan la aplicación de uno u otro régimen de liquidación de cesantías, por cuanto la finalidad de la norma para el sector educativo era precisamente unificar la situación jurídica prestacional de sus empleados, y de manera especial dicho auxilio en razón de la creación de un solo fondo de cubrimiento nacional para responder por estas contingencias. /rft/

Al respecto se observa que el artículo 6.º de la Ley 60 de 1993, señaló que el régimen prestacional aplicable a los docentes nacionales o nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales, sin solución de continuidad, y los de las nuevas vinculaciones, será el reconocido por la Ley 91 de 1989.

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal⁹ sería incorporado al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

Por tanto, la obligación de incorporar a los docentes departamentales, distritales y municipales financiados con recursos propios de las entidades territoriales al FOMAG, surgió con el Decreto 196 de 1995, que en el artículo 5.º determinó que se debía respetar el régimen prestacional que tuvieran los docentes al momento de su vinculación, y conforme a lo previsto en el artículo 7.º ibidem el reconocimiento de las cesantías y los intereses sobre las mismas, quedaba a cargo de la entidad territorial, cuando no se realizara dicho traslado.

Así las cosas, en materia de cesantías, todos los docentes con vinculación posterior al 1º de enero de 1990, por virtud del numeral 3º literal b) del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, es anualizada con intereses.

Téngase en cuenta que, cuando no se trata de docentes nacionalizados sino de docentes territoriales pero financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, la afiliación al FNPSM también se surte bajo el régimen de la Ley 91 de 1989, tal y como se encuentra regulado en el artículo 4º del Decreto 196 de 1995³ que al respecto consagra:

³ Por medio del cual se reglamentan parcialmente el artículo 6 de la Ley 60 de 1993 y el artículo 176 de la Ley 115 de 1994, relacionados con la incorporación o afiliación de docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones.

Artículo 4.- *Docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación -Ministerio de Educación Nacional. Los docentes departamentales y municipales financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios, serán afiliados o Incorporados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo el régimen de la Ley 91 de 1989 y sus Decretos reglamentarios 1775 y 2563 de 1990 o de las disposiciones que modifiquen el régimen indicado, previo el cumplimiento de los requisitos económicos y formales establecidos para el efecto. Los docentes así vinculados que previamente se encuentren afiliados a una caja de previsión o entidad que haga sus veces, quedarán eximidos de los requisitos económicos de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales de Magisterio.*

Las prestaciones sociales de los docentes financiados y cofinanciados serán de cargo de la respectiva entidad territorial y los recursos para su cancelación se regirán por lo que disponga el correspondiente convenio de financiación o de cofinanciación. Las entidades territoriales, las cajas de previsión o las entidades que hagan sus veces, girarán directamente los recursos al Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio.

[...]"

Si bien el artículo 2° literal b) del Decreto Reglamentario 196 de 1995 previó que “*los docentes financiados o cofinanciados por la Nación-Ministerio de Educación Nacional mediante convenios y que se encuentran vinculados a plazas departamentales o municipales*” eran territoriales, lo cierto es que, si el docente no se encontraba vinculado al servicio al 31 de diciembre de 1989, el régimen retroactivo de cesantías dispuesto para las entidades territoriales no le es aplicable.

En ese sentido, aunque se probara la condición de docente territorial, no puede aplicarse lo dispuesto en la Ley 6° de 1945 y la Ley 65 de 1946, pues las mismas, para efectos de pago de cesantías, solamente son aplicables a docentes territoriales que se encontraban vinculados al 31 de diciembre de 1989 y que por ese hecho adquirieron el derecho al régimen territorial de cesantías retroactivas, luego, no puede incorporarse dentro de dicha prerrogativa a quienes se vincularon con posterioridad a su vigencia, pues es de reserva del legislador determinar los diversos regímenes de prestaciones sociales que se aplican atendiendo al tiempo de la vinculación.

A esta conclusión se llegó en la sentencia C-428 de 1997, donde la Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la Ley 344 de 1996; dijo:

"[...] Como lo había destacado esta Corte a propósito del análisis por ella efectuado sobre la constitucionalidad de la Ley 100 de 1993, la Constitución Política no impone al legislador unos determinados criterios acerca del régimen legal de las prestaciones sociales que se deban pagar a los trabajadores, ni estipula normas que impidan a la ley cambiar hacia el futuro los sistemas de liquidación o determinación de aquéllas, ni obstruye la evolución de la estructura laboral fundada en la ley, siendo claro que le es posible crear nuevas prestaciones, introducir reglas

distintas sobre las vigentes y aun sustituir unas por otras, todo sobre la base de que no afecte situaciones jurídicas consolidadas ni pretenda dar a los nuevos ordenamientos efectos retroactivos -a menos que sean indudablemente benéficos para los trabajadores- o atribuirles consecuencias contrarias a garantías laborales mínimas señaladas en la Constitución...

(...) Tal es el caso precisamente del régimen de cesantías, que resulta reformado por el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 para las personas que se vinculen en el futuro a los órganos y entidades del Estado. Las reglas que se venían aplicando, en cuanto hacían parte del régimen prestacional, eran de jerarquía legislativa y solamente podían ser afectadas o modificadas mediante ley, por lo cual las directrices que el Congreso ha dictado en la norma que ocupa la atención de la Corte no podían dejar de contemplar de manera directa, como se hizo, los nuevos sistemas de liquidación definitiva de cesantías por anualidades o fracciones de ellas...¹⁴

En el caso de los docentes, el legislador desde la expedición de la Ley 91 de 1989 previó que todos quienes que se vincularan a partir del 1° de enero de 1990 tendrían un régimen anualizado de cesantías y esa fue, precisamente, la situación laboral de la acá demandante quien, se reitera, no puede por esa razón, alegar derecho adquirido a la retroactividad de cesantías en tanto se vinculó, se repite el 31 de octubre de 1995. /ft/

Sin duda, la Ley 344 de 1996 no afectó su situación, sino la de empleados territoriales no docentes vinculados antes del 31 de diciembre de 1996; la del personal docente quedó definida desde la Ley 91 de 1989⁵. Así lo precisó el Consejo de Estado al señalar:

"...Al quedar establecido que la actora inició sus labores como docente al Municipio de Obando en el año de 1995, esto es, con posterioridad a la fecha señalada en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 (1° de enero de 1990), el pago de sus cesantías no debía efectuarse con carácter retroactivo sino que, conforme señala la norma en mención, "se reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad".

[...]

Entonces, se tiene que para que los docentes con vinculación territorial sean beneficiarios del régimen de retroactividad, deben encontrarse vinculados antes del 31 de diciembre de 1989 y ser cancelados exclusivamente con recursos propios; por su parte, los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1° de enero de 1990, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad.

En este sentido, como quiera que la docente María Nancy Quintero Ramírez fue nombrada y posesionada con posterioridad al 1° de enero de 1990 (23 de marzo de 1993), el régimen de cesantías aplicable es el régimen de anualidad, como en efecto lo liquidó la entidad demandada, y no el de retroactividad, razón por la cual se considera que el acto enjuiciado se ajustó al régimen legal aplicable.

Es por lo anterior, que las pretensiones de la actora serán negadas.

4. Costas y Agencias en Derecho

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

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.

Ahora bien, revisado el expediente, no se advierte actuación desplegada por la parte demandada a través de apoderado debidamente constituido, motivo por el cual, la Sala se abstendrá de imponer condena en costas en esta instancia.

III. Falla

Primero: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: En firme la sentencia, archívese el expediente previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

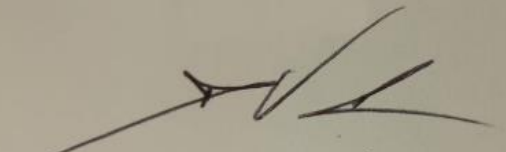
Notifíquese y cúmplase.

Sentencia proferida en Sala de Decisión de la fecha.

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.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Augusto Morales Valencia
Magistrado
Ausente con excusa

A. de Sustanciación: 178-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2022-00075-02
Demandante: Magnolia Giraldo Salazar
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 23 de septiembre de 2023. La anterior providencia fue notificada el 25 de septiembre de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación el 28 de septiembre de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A. de Sustanciación: 171-2023
Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2020-00186-02
Demandante: María Andrea Gallego
Demandado: Hospital San Félix

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 23 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 28 de junio de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 11 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-23-33-000-2021-00229-00
Demandante	Paulo Andrés Parra
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Providencia	Sentencia No. 190

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados Fernando Alberto Álvarez Beltrán, Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia¹, proceden a dictar sentencia de primera instancia, en el presente proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Paulo Andrés Parra contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

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

*“1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 29 DE ABRIL DE 2021 frente a la petición presentada el 29 DE ENERO DE 2021, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006 y en la **CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2** del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la Ley 1437 se refiere a setenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE MANIZALES, le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley

¹ Ausente con excusa.

244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS:

*1. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – ENTIDAD TERRITORIAL CERTIFICADA EN EDUCACIÓN DE MANIZALES a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de y en la **CE-SUJ-SII-012-2018-SUJ-012-S2** del 18 de julio de 2018, a favor de mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los sesenta y cinco (65) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad, con la vigencia de la Ley 1437 se refiere a setenta (70) días hábiles y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.*

[...]"

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías el 14 de noviembre de 2019.

Por medio de la Resolución No. 798 del 26 de noviembre de 2019 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 20 de noviembre de 2020 a través de entidad bancaria.

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

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

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

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas

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

4. Contestación de la Demanda

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

Se opone a las pretensiones de la parte demandante toda vez que ésta solicitó las cesantías parciales el 14 de noviembre de 2019, razón por la que, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 2831 de 2005, la Secretaría de Educación del municipio de Manizales contaba con 15 días para la elaboración y remisión del acto administrativo, precepto que fue cumplido en principio por expedirse la resolución el 26 de noviembre de 2019 cuando el plazo fenecía el 5 de diciembre de 2019. Dicha resolución, expedida el 26 de noviembre de 2019 y notificada de manera personal el 9 de diciembre de 2019, conlleva a que la sanción por mora inicie su conteo 55 días posteriores a la notificación del acto, a partir del 28 de febrero de 2020. Advierte que las cesantías fueron puestas a disposición del docente el 26 de febrero y no el 20 de noviembre de 2020, circunstancia que debe ser tenida en cuenta al momento de desatar la Litis.

Propone como excepciones las que denominó: *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”, “cobro de lo no debido”, “improcedencia de la indexación de las condenas” y “compensación”*.

5. Alegatos de Conclusión.

5.1. Parte demandante.

Reitera los argumentos de la demanda y agrega que el pago de la sanción moratoria solicitada procede de conformidad con lo establecido en el Decreto Nacional 1272 de 2018, con cargo de los recursos de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, quien es el llamado a responder a los docentes, y en virtud de lo indicado en la normatividad que precede, posteriormente sea la misma Nación – Ministerio de Educación – FOMAG, quien debe adelantar las acciones tendientes a recuperar los recursos cancelados frente a la responsabilidad de la entidad territorial nominadora, en los casos en los que el juez de conocimiento así lo ordene.

Insiste también en la procedencia de la indexación de la sanción por mora desde el último día en que la misma se causó hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia.

5.2. Parte demandada.

Se tiene por no presentado el alegato comoquiera que no se aportó el poder para actuar conferido a quien aparece suscribiendo el memorial.

5.3. Ministerio Público.

Concluye que no se causó la mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales al demandante, por lo que no resulta procedente la imposición de la sanción moratoria tarifada en las leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, toda vez que no se incumplió el plazo que tenía la entidad demandada para reconocer las cesantías parciales reclamadas por la parte actora (15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud para expedir el acto administrativo correspondiente, sumado al término de 10 días de ejecutoria del mismo); tampoco se incumplió el plazo para el pago efectivo de esa prestación social (45 días hábiles siguientes a la firmeza del acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías a favor del servidor público).

Aduce que el acto administrativo ficto acusado no contraviene el ordenamiento jurídico, por cuanto la decisión administrativa de negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria se sujetó a la normatividad en la que debía fundarse y, por lo tanto, es ajustada a derecho, motivo por el cual procede desestimar los cargos de nulidad sustancial formulados en la demanda y negar las pretensiones.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013², relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

- i) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus³ y por tanto, la jurisdicción de lo

²Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

³Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz.

contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

ii) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

iii) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, "(...) el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)". Claro está, previo descuento de un total de 65 días⁴ hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos.

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme a los recursos de apelación interpuestos, los siguientes interrogantes:

- 2.1. ¿A partir de qué fecha se causa la sanción moratoria en el sub iudice?
- 2.2. ¿Cuál es el término para que la entidad territorial envíe el acto administrativo de reconocimiento prestacional a la Fiduprevisora S.A. para el respectivo pago?
- 2.3. ¿Cuál es la entidad responsable de efectuar el pago de la sanción por mora?

3. Primer problema jurídico.

El Tribunal invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos⁵, en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el

⁴O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecución de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

⁵Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

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

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

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

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

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

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018⁶, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

193. *En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

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

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

194. Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. **De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.** /Resaltado de la Sala/

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

3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.

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

⁶Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

En la referida sentencia, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

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

En el caso concreto se tiene acreditado:

i) La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 14 de noviembre de 2019, aspecto sobre el cual no existe controversia. La Secretaría de Educación del municipio de Manizales reconoció la cesantía parcial mediante Resolución No. 798 del 26 de noviembre de 2019, esto es, dentro del término de 15 días conferido legalmente para esos efectos. La notificación personal de dicho acto administrativo se produjo el 9 de diciembre de 2019;

ii) Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

Así las cosas, dado que la Resolución fue expedida oportunamente y la misma quedó ejecutoriada el 23 de diciembre de 2019, ha de concluirse que el término de 45 días hábiles para efectuar el pago se venció el 27 de febrero de 2020; por ende, la mora inició el 28 de febrero

de 2020.

En relación con el extremo final de la sanción por mora ha de tenerse en cuenta la certificación de pago de la cesantía parcial, expedido por la Fiduprevisora, que da cuenta de lo siguiente:

“En atención a su solicitud de la referencia cordialmente nos permitimos certificar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de Cesantía PARCIAL reconocida por la Secretaría de Educación de MANIZALES, al docente PARRA PAULO ANDRES identificado con CC No 16071613 mediante Resolución de 798 de fecha 26 de Noviembre de 2019, quedando a deposición a partir del 26 de Febrero de 2020 el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 16 de Febrero de 2021 por valor de \$10,000,000 a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventana en la Sucursal MANIZALES.”

En efecto, tanto si se cuentan 45 días hábiles posteriores a la ejecutoria, como si se cuentan 55 días hábiles posteriores a la notificación personal del acto administrativo, se concluye que el término para el pago de la cesantía venció el 27 de febrero de 2020 y por lo tanto la mora comenzó a correr desde el 28 de febrero de 2020, inclusive. Y si además se establece que los dineros quedaron disponibles en el banco para el correspondiente pago desde el 26 de febrero de 2020, dado es concluir que no hay lugar a imponer una sanción por mora como equívocamente lo solicita la parte actora.

De lo anterior emerge claro que en el sub iudice no hay lugar a declarar la mora en el pago de las cesantías parciales del demandante y por ende, ninguna responsabilidad en tal sentido será atribuida a las entidades accionadas. De ahí que resulte innecesario ahondar en los demás problemas jurídicos planteados al inicio de esta providencia.

4. Costas en primera instancia.

El artículo 188 del CPACA dispone que:

*“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.
<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”*

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁷ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es,

⁷ 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.

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.

Ahora bien, revisado el expediente se observa que la parte demandada intervino en el proceso a través de apoderado judicial, adelantando gestiones útiles en defensa de los intereses de la entidad que representa, razón por la cual se estima procedente imponer en su favor y en contra de la parte demandante, condena en costas (agencias en derecho) equivalentes al 5% de las pretensiones de la demanda⁸.

5. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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,

III. Falla

Primero: Se declaran probadas las excepciones denominadas *“legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”* y *“cobro de lo no debido”*, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Se condena en costas (agencias en derecho) a la parte demandante y en favor de la parte demandada, equivalentes al 5% de las pretensiones de la demanda.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia XXI.

Quinto: Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del C/CA.

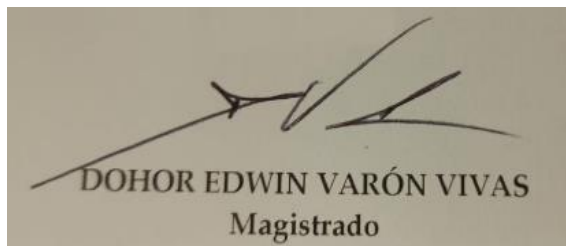
Discutida y aprobada en Sala de Decisión Ordinaria celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase

⁸ Acuerdo PSAA-16 10554 del 5 de agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



Augusto Morales Valencia
Magistrado
Ausente con excusa

A. de Sustanciación: 177-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2022-00075-02
Demandante: Magnolia Giraldo Salazar
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 23 de mayo de 2023. La anterior providencia fue notificada el 8 de junio de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 23 de junio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A. de Sustanciación: 171-2023
Asunto: Segunda instancia

Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-008-2020-00186-02
Demandante: María Andrea Gallego
Demandado: Hospital San Félix

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, trece (13) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 23 de junio de 2023. La anterior providencia fue notificada el 28 de junio de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación el 11 de julio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above the printed name of the signatory.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A despacho del señor Magistrado el presente Medio de Control, recibido por ventanilla virtual, proveniente del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales con apelación de sentencia, para decidir sobre su admisión.

Manizales, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS

Secretaria

Proyecto: EYMO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: FERNANDO ALBERTO ALVAREZ BELTRAN

A.I. 269

Manizales, doce (12) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

RADICACION	17001333900820220015902
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LILIALBA - CASTAÑO OCAMPO
DEMANDADO	NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN F.N.P.S.M

I. CONSIDERACIONES

Se ocupa el Despacho del proceso procedente del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió **LILIALBA - CASTAÑO OCAMPO** en contra de la **NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN F.N.P.S.M** para surtir el recurso de apelación concedido a la parte **DEMANDANTE** (Folio 23 del CuadernoPrimeraInstancia) respecto de la Sentencia N° 126 proferida por ese Despacho el día 30 de Junio de 2023, visible en el Archivo PDF "021" de la carpeta (01CuadernoPrimeraInstancia) del expediente digital.

Igualmente, el Despacho realiza un examen preliminar conforme lo establece el artículo 325 del Código General del Proceso, encontrando que la providencia motivo de apelación está suscrita electrónicamente por el a quo; así mismo, no falta por resolver demandas de reconvención o procesos acumulados, como tampoco se observa causal de nulidad alguna que amerite medida de saneamiento o su declaración.

Por lo anterior, al haberse sustentado el recurso de apelación oportunamente y reunir los demás requisitos legales, procede el despacho a admitir en el efecto suspensivo el recurso de alzada, notificándose personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes (Artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA).

Por lo expuesto, el Despacho,

II. RESUELVE

PRIMERO: ADMITIR en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte **DEMANDANTE** (Folio 23 del CuadernoPrimeraInstancia) contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, de conformidad con lo previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 323 y 325 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente al Ministerio Público y por estado a las partes, de acuerdo con el artículo 201 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **5c5bae11e39bf8b24732a39fa87c22a5189f39066eb0ed3c779b8a9077caed61**

Documento generado en 12/10/2023 03:00:43 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Medio de control	Protección de derechos e intereses colectivos
Radicación	17 001 23 33 000 2023 00040 00
Demandante	Amalia Osorio Ríos y Diana María Agudelo Montoya
Demandado	Municipio de Manizales y Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -
Providencia	Sentencia No. 192

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

Las accionantes solicitan:

“Primero: Amparar los derechos e intereses colectivos que actualmente se ven vulnerados por los hechos narrados.

Segundo: Adoptar todas las medidas presupuestales, financieras y administrativas con el fin de mitigar la problemática en mención.

Tercero: Realizar un estudio técnico, hidrológico, geológico y geotécnico, o los que sean requeridos para determinar las causas de la inestabilidad y emitir recomendaciones para la mitigación del riesgo.

Cuarto: Realizar las obras de manejo de aguas e inestabilidad a las que haya lugar para mitigar el riesgo en el sector objeto de la problemática, con el fin de salvaguardar la integridad de las viviendas.”

2. Derechos colectivos vulnerados.

Afirma la demandante que se han vulnerado los derechos colectivos contenidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, específicamente prevención de desastres previsibles técnicamente sin más consideraciones.

3. Hechos.

De los hechos que las actoras populares señalan en la demanda, se destacan los siguientes:

- Que en el son habitantes del sector de la vereda de la Cuchilla del Salado, en el sector conocido como “casas de zin”, y que, desde el año 2011, se han presentado fenómenos de remoción de tierra en la ladera contigua a su vivienda, llegando al pie de la misma, poniendo en riesgo su estructura.
- Que al acudir a los organismos de socorro, les recomendaron la siembra de especies y canalización de aguas lluvias; las cuales llevó a cabo, pero, sin que en el sector se hayan realizado obras de mitigación, por lo que, el riesgo en la ladera continúa latente.

- Contestación de la demanda.

- Municipio de Manizales (Documento 018 expediente digital)

El demandado municipio de Manizales contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda; cita un concepto técnico de la Unidad de Gestión de Riesgo contenida en el oficio del 28 de marzo de 2023, en el que se indica que no se observaron procesos erosivos en la zona objeto de discusión; y argumenta el municipio que, no se le puede exigir a éste, obras de estabilidad; pues las mismas no son necesarias en el momento, por no existir riesgo alguno demostrado para los accionantes; y por tampoco ser posible la intervención estatal por tratarse de predios de naturaleza privada, de donde la entidad territorial no ha vulnerado ni ha puesto en peligro por acción u omisión los derechos colectivos invocados por la parte demandante.

Propone las excepciones que denomina: “*Improcedencia de la acción*”, por no estar frente a una acción que persiga un interés general, pues se discute una situación que acontece en un predio privado; “*Moralidad administrativa*”, al dar cumplimiento el municipio a las funciones administrativas cabalmente; “*Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción*”, manifestando que, de los

hechos y pretensiones no se desprende que la acción corresponda a una popular, y que, tampoco se acreditó relación de causalidad entre la afectación del interés colectivo y la acción u omisión del municipio de Manizales; “*Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos*” y la “*Genérica*”.

**- Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -.
(Documento 020 expediente digital)**

La demandada Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -, contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones; y manifiesta que, de los presupuestos facticos y las pretensiones que se pretenden conjurar a través del presente medio de control no son del resorte de la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS, pues, según la normativa correspondiente, dicha competencia le es asignada exclusivamente al municipio de Manizales y al Departamento de Caldas.

Afirma que, la demandada Corporación, ha sido diligente en la atención de la problemática planteada en la demanda, sin que sea posible endilgar omisión alguna a dicha entidad en el ámbito de las competencias a ella atribuida por las disposiciones legales y reglamentarias que les son aplicables.

Se pronuncia sobre la competencia de las entidades municipales y departamentales en materia de prevención del riesgo, y afirma que, la entidad llamada dar solución efectiva al problema planteado es el municipio de Manizales y el departamento de Caldas, como responsables del ordenamiento del territorio y su planeación física, así como la dirección del sistema de prevención de desastres en el ámbito territorial.

En este sentido es importante aclarar que su función es complementaria y subsidiaria respecto de la labor principal asignada a las alcaldías Y gobernaciones, y en forma alguna es posible equiparar las competencias del Municipio y del Departamento con las de la autoridad ambiental; pues contrario a ello, la norma es clara, al atribuir de manera restrictiva la competencia en cabeza del alcalde municipal y del gobernador, como lo ha mencionado.

Aduce que, no puede perderse de vista que la administración municipal cuenta con Unidad de Gestión de Riesgo, como principal responsable de analizar y definir las acciones a seguir en un determinado caso; y afirma que en este caso hay un cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación Autónoma Regional de Caldas - CORPOCALDAS, en atención a su órbita de competencia; de manera que, no es posible pretender que CORPOCALDAS mutuo propio, sin tener competencia para ello, proceda a intervenir la zona; pues una intervención bajo estos presupuestos iría plenamente en contra de las funciones del ente Corporativo, incurriendo en las investigaciones fiscales, disciplinarias y penales del caso, por un posible detrimento patrimonial, extralimitación de funciones, y celebración indebida de contratos, pues no le está dado a otra entidad inmiscuirse en las políticas administrativas municipales.

Finalmente propone las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección de derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita”*, e *“Inexistencia de vulneración de derechos e intereses colectivos endilgable a Corpocaldas”*.

4. Audiencia de pacto.

El día 27 de junio de 2023 se llevó a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida (Documento 031 del expediente digital).

5. Alegatos de conclusión

**- Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -.
(Documento 040 expediente Digital)**

La demandada Corpocaldas reitera los argumentos expuestos en la demanda y sostiene que, la satisfacción de las pretensiones corresponde a la autoridad municipal, como entidad encargada de regular el uso del suelo, teniendo en cuenta que la zona se encuentra catalogada según el Plan de Ordenamiento Territorial POT de Manizales, como de amenaza y riesgo alto por deslizamiento y, en la misma se encuentran dispuestos elementos constructivos como la vivienda de las accionantes, siendo competencia del municipio de Manizales su intervención.

Se pronuncia sobre el testimonio rendido dentro del proceso, correspondiente al Ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón, afirmando que de esta, ser desprende

que, las actividades que se venían realizando en la zona por parte de los habitantes del sector, como los usos del suelo dados en la Vereda Cuchilla del Salado, los factores identificados como contribuyentes de la problemática referida, así como evidencia las recomendaciones brindadas por Corpocaldas en el marco de sus competencias, las acciones a implementar con el fin de mitigar el riesgo en la zona y, la evolución favorable que se ha presentado en la zona producto del acometimiento de algunas de las recomendaciones planteadas por Corpocaldas, de manera tal que no se pueda atribuir omisión alguna en el accionar de dicha Corporación.

Hace alusión a las visitas realizadas al lugar en los años 2011, 2012, 2018 y 2023, y sostiene que, en la última efectuada el 17 de febrero del año en curso, y afirma que se corroboró la situación y se precisó que, era necesario realizar todas las recomendaciones dadas en visitas anteriores, dentro de las cuales se encuentra pendiente la construcción de una pantalla en concreto con anclajes pasivos en el escarpe principal del deslizamiento ocurrido, para garantizar la estabilidad de la vivienda. Frente a este aspecto particular, tal como se encuentra acreditado en el expediente de la referencia (oficio UGR 0296-23 del 09 de febrero de 2023 proferido por la Unidad de Gestión del Riesgo de Manizales) y corroborado por el Ingeniero que rindió la versión testimonial, el sitio se encuentra incluido en la lista de prioridades para la ejecución de obras tendientes a la mitigación del riesgo, estando pendiente su ejecución por parte de la autoridad Municipal.

- Municipio de Manizales. (Documento 041 del expediente Digital)

El municipio de Manizales presentó su escrito de alegatos de conclusión, y sostuvo que de lo probado dentro del proceso, no se acredita la existencia de un perjuicio que atente contra los derechos colectivos invocados como vulnerados, ni daños o amenazas en su contra; así como que no existe en este caso, un nexo de causalidad entre la problemática expuesta por las demandantes y el municipio de Manizales, ya que la ladera no tiene en la actualidad procesos activos de deslizamiento, además que, por su carácter de predio privado, no es posible invertir dineros públicos en su mejoramiento; por lo que solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto, como se dice en la constancia secretarial de 26 de septiembre de 2023, la cual reposa en el documento 042 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Competencia.

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, una vez revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento, y al comprender el Tribunal que no se da causal alguna que venga a dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido, procede a decidir sobre el fondo del asunto litigado en **primera instancia**.

2. Problema jurídico a resolver

¿Se encuentra probada la vulneración del derecho a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte de las entidades demandadas?

3. Procedencia de la acción

La acción popular que con anterioridad a la Constitución de 1991 tenía regulación meramente legal en los artículos 1005 a 1007, 2359 y 2360 del Código Civil, así como también en otras disposiciones como el Código de Recursos Naturales (Ley 23 de 1973 y Decreto 2811 de 1974), la ley 9ª de 1989, en el tema de recuperación del espacio público y el medio ambiente; el estatuto del consumidor Decreto Ley 3466 de 1982 y la ley 45 de 1990 sobre intermediación financiera, fue elevada a consagración constitucional en la actual Carta Política, en el artículo 88, desarrollado mediante la Ley 472 de 1998.

La mencionada Ley, en su artículo 2º, inciso segundo, señala que las acciones populares 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; igualmente el artículo 9º ibidem prevé que este medio de defensa procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que sea violatorio o amenace violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que los supuestos sustanciales para la procedencia de la acción popular son los siguientes: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño

contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses.

La Ley 472 de agosto 5 de 1998 cuya finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, reguló las acciones populares, sobre las cuales cabe señalar que tienen un carácter preventivo, como quiera 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 (artículo 2°).

El artículo 4° enuncia los derechos colectivos susceptibles de protección, los cuales están relacionados así:

- a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
 - b) La moralidad administrativa;*
 - c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
 - d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*
 - e) La defensa del patrimonio público;*
 - f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;*
 - g) La seguridad y salubridad públicas;*
 - h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;*
 - i) La libre competencia económica;*
 - j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
 - k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;*
 - l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;*
 - m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;*
 - n) Los derechos de los consumidores y usuarios.*
- Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.”*

La norma señaló igualmente que gozan del mismo carácter de derechos e intereses colectivos, los distinguidos por la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

La Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró como medio de control la protección de los derechos e intereses colectivos en los siguientes términos:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

Esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado o amenacen los derechos e intereses colectivos, y con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el demandante deberá solicitar a la entidad que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado².

4. Excepciones

El municipio de Manizales, propuso las excepciones que denominó: *“Improcedencia de la acción”, “Moralidad administrativa”, “Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción”, “Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos”* y la *“Genérica”*.

Y, la Corporación Autónoma Regional de Caldas propuso las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa de Corpocaldas respecto de las gestiones necesarias para la protección de derechos e intereses colectivos cuyo amparo se solicita”, e “Inexistencia de vulneración de derechos e intereses colectivos endilgable a Corpocaldas”*.

Ahora bien, en relación con dichas excepciones luego de analizada su fundamentación estima la Sala de Decisión que, por cuanto guardan relación sustancial con la discusión de fondo de este medio de control, se resolverán con este.

5. Análisis probatorio.

Con el fin de abordar el objeto del presente asunto, es preciso analizar las pruebas que obran en el plenario, para de esta manera determinar si existe vulneración o afectación de los derechos colectivos, y, posteriormente, establecer la responsabilidad de las entidades demandadas, si hay lugar a ello, de acuerdo con sus competencias.

5.1 De las pruebas obrantes en el proceso.

Documentales

- **Copia del oficio de 3 de octubre de 2020, enviado por la Corporación Autónoma Regional de Caldas a la demandante, señora Amalia Osorio Ríos.**

El oficio en mención es una respuesta a solicitud elevada relacionada con la zona que se cuestiona en la demanda, y del cual se extrae lo siguiente:

- Se hizo un estudio de las recomendaciones realizadas entre los años 2012 y 2018.
- Confirma que realizó una visita en ese año para verificar la situación y que, la señora Marlene Montoya Ramírez ha efectuado obras de manejo de aguas lluvia, que ha servido para que el proceso no avance, observando re vegetalización de la ladera.
- Describe que el proceso de inestabilidad observado en el año 2012 se encuentra inactivo, pero que puede reactivarse en cualquier momento durante temporadas de lluvias, o por falta de manejo de aguas de las viviendas allí ubicadas; y se dan las recomendaciones necesarias.
- **Copia del concepto técnico rendido por el Profesional Universitario de la Unidad de Gestión de Riesgo del municipio de Manizales de 28 de marzo de 2023.**

Del concepto técnico en mención se permite la Sala transcribir lo siguiente:

“(...) Se trata de un predio rural situado sobre la margen derecha de la vía rural municipal El Palo-Cuchilla del Salado-la Z -La Brasilia, el cual, de acuerdo con la información catastral que se tiene en el aplicativo SIG de la Alcaldía Municipal, corresponde al predio con ficha catastral 2000000030311000000000, el cual tiene un área aproximada de 248 m2.

En el predio se identifican tres (3) edificaciones de uso residencial, la primera de ellas corresponde a la edificación original de un solo piso y constituida estructuralmente en tipología típica de bahareque; las dos restantes, de dos (2) pisos cada una, están constituidas en mampostería confinada. Estas edificaciones son relativamente recientes (se construyeron aproximadamente entre el periodo (2014 -2019).

Las edificaciones mencionadas se ubican topográficamente en el borde superior de una ladera caracterizada por su extensa longitud y fuerte pendiente, en la cual predominan cultivos de café con sombrío e intercalados con cultivos de plátano y algunos pastos de corte y especies menores.

La ladera mencionada anteriormente, en lo que respecta a las inmediaciones de la vivienda, presenta cobertura vegetal representativa donde se observan plántulas de la especie matarratón y pasto tipo king grass.

Al momento de la visita no se observaron procesos erosivos activos que puedan estar comprometiendo la estabilidad de las edificaciones.

El 14 de marzo de 2011 se presentó un deslizamiento de tierra en la parte posterior de la vivienda clasificado como de medianas dimensiones (10 metros de ancho y 15 de longitud).

El deslizamiento fue causado por la fuerte el tipo de suelo (cenizas volcánicas sobre pendiente de la ladera, la presencia de potreros, roca fracturada de la formación Quebrada grande) y la saturación del mismo por la ola invernal.

Al momento de los hechos (año 2011) no se observaban canales y bajantes y conducción de aguas lluvias del techo de la vivienda y estas catan directamente al escarpe del deslizamiento. A partir de la fecha de los hechos (año 2011) y hasta la fecha no se han presentado nuevos eventos erosivos.

El área afectada por el deslizamiento ha sido sometida a un proceso de reconversión de los usos de suelos, pasando de potreros a cultivos de café intercalado con especies arbóreas de porte medio y bajo.

A pesar de los antecedentes de erosión en la zona se siguieron asentando nuevas edificaciones en el sitio (...).”

- **Copia de los oficios dirigidos por Corpocaldas a la señora Amalia Osorio Ríos en fechas 5 de marzo de 2018, 11 de abril de 2019, 3 de octubre de 2020, 5 de enero de 2021, y, 25 de febrero de 2023, respondiendo peticiones por ella formuladas.**

Del oficio de 25 de febrero de 2023 se transcribe lo siguiente:

(...) En la vereda la Cuchilla del Salado, a un costado de la vía principal, se localizan tres viviendas, de propiedad de la familia Agudelo Montoya, sobre cuyo talud posterior e inferior, se presentó un deslizamiento superficial traslacional en el año 2012. El sitio ha sido visitado en varias ocasiones, las últimas en el año 2018, y 2020, donde se emitieron conceptos técnicos Nos. 2018-IE- 00005772, y 2020-IE-00022215, los cuales se anexan para conocimiento de la problemática.

(...)

El área afectada por el deslizamiento, ha venido presentando un proceso de regeneración natural a partir del establecimiento de coberturas vegetales de diferente, sin embargo, por la cercanía de la corona del escarpe a estas viviendas, sigue causando temor entre sus habitantes, más aún, cuando el uso del suelo corresponde a la presencia de cultivos limpios de Café, Plátano y frutales, sin la presencia de árboles de porte medio que con su sistema radicular, contribuyan a reforzar el suelo y protegerlo de la acción erosiva del agua lluvia.

(...)

Los propietarios de las viviendas más cercanas a la corona de este deslizamiento (familia Agudelo Montoya), han realizado mejoras a sus viviendas como el cambio de bahareque por mampostería confinada con vigas y columnas en concreto, han instalado canales y bajantes, e invertido la pendiente de la cubierta para que drenen las aguas hacia el frente de sus viviendas, y no hacia el talud que había sido afectado anteriormente. También han dejado enmalezar y revegetalizar gran parte del área afectada como se observa en fotografías Nos. 01 a 03, todo lo cual ha logrado estabilizar el sector.

Aunque se han realizado acciones sobre estas viviendas, continúan vigentes todas las recomendaciones dadas en las visitas anteriores.

RECOMENDACIONES:

Cambio paulatino del uso del suelo en los taludes aledaños al deslizamiento, estableciendo barreras naturales conformadas por especies de mediano porte como Arboloco, Nacedero o Quiebra barrigo, Leucaena, y otras nativas, para reforzar el suelo.

Calle 21 No. 23-22 Edificio Atlas Manizales PBX (606) 8931180 - Teléfono: (606) 884 14 09 Código Postal 170006 GA-GD-FR-012_V1

- Dejar enmalezar la zona fallada y las cercanas a estos escarpes, hasta que el terreno tenga cobertura vegetal total, y de esta forma, contribuir a su estabilización.*
- Reiterar la necesidad de instalar canales y bajantes en todas las viviendas del sector para evitar impacto directo de agua lluvia sobre el terreno y hacer una adecuada entrega de las mismas al cauce más cercano.*
- Para recuperar el terreno afectado, debe adecuarse trinchos de pared doble, con estacas vivas de Quiebrabarrigo, Arboloco o Nacedero. Estos deben estar espaciados a una distancia máxima de un metro (debido al alta pendiente predominante). Adicionalmente, estas estructuras deben combinarse con la implementación de barreras vivas de especies arbóreas.*
- A largo plazo, se recomienda la construcción de una pantalla en concreto con anclajes pasivos, en el escarpe principal del deslizamiento ocurrido, con dimensiones aproximadas a 15 m de longitud por 5 m de altura, para garantizar la estabilidad de la vivienda.*
- Realizar un monitoreo periódico para verificar el avance del proceso erosivo, en caso de avanzar, se debe evacuar, y dar aviso oportuno a los organismos de socorro y a la Unidad de Gestión de Riesgo del Municipio de Manizales (UGR).*

Testimonial.

- Jhon Jairo Chisco Leguizamón. Ingeniero Civil con especialización en Geotecnia. Sub director de infraestructura ambiental de Corpocaldas.

- Sostiene que la Corporación tiene conocimiento de la problemática que se presenta en la cuchilla del salado, describiéndola como zona del municipio de Manizales, caracterizada por tener grandes pendientes.

- Que a ello se suma la construcción de viviendas en zonas de fuertes pendientes, en este caso, en la corona de una ladera.

- Expone en la audiencia un mapa de ubicación de la zona en discusión, y señala el sector denominado “casas de zinc”, señala la casa de las accionantes y el deslizamiento presentado, mostrando de la imagen que, de lado y lado de la vía hay fuertes pendientes, zonas de potreros, que se presentan procesos erosivos tipo terracetos, vertimientos de agua sobre las vías; y en particular que, en la casa de las demandantes se presentó hace años, aproximadamente en el año 2012, un problema de inestabilidad, donde las casas eran rudimentarias, no tenían un buen manejo a nivel de pisos, de patios ni de cubiertas, lo que fue el detonante de un problema de inestabilidad que fue evolucionando; y que, como resultado de las visitas de Corpocaldas, se hicieron unas recomendaciones, como el manejo de aguas de los techos y de los patios, así como instalación de canales; incluirle a los mono cultivos unas barreras para reforzar el suelo, entre otras.

- Sostiene que actualmente, la problemática descrita no se presenta, que hay proceso de re vegetalización, que hay captación de aguas que no permitieron el avance del deterioro del terreno.

- Adujo que actualmente, el sector tiene un proyecto de obras de estabilidad por parte del municipio.

- Dice que hasta donde tiene conocimiento, no se han realizado intervenciones por autoridad competente en la zona, sino, intervenciones de las aguas lluvia y de los techos de las viviendas, que corresponde a los propietarios de los predios de particulares.

- Sostiene que la Corporación ha sido diligente, en la elaboración de los conceptos técnicos, donde hace evaluación y análisis de la problemática, haciendo las recomendaciones pertinentes.

6. De los hechos probados.

De las pruebas mencionadas se encuentra probado que, efectivamente en el año 2012 se evidenció un proceso de movimiento de tierra en cercanías a la vivienda que

referencian las demandantes, y que el mismo tuvo varias causas, como la pendiente del terreno, la construcción de las casas sin las condiciones necesarias de manejo de aguas lluvias, la presencia de potreros y los cultivos del lugar.

Desde el año 2012 se han realizado monitoreos y visitas al lugar, así como se han contestado los derechos de petición que desde hace más de 10 años se elevan por la situación descrita en los hechos de la demanda; y desde ese año, la Corporación Autónoma Regional de Caldas y el municipio de Manizales, indicaron a los habitantes de las viviendas del sector, sobre la necesidad de adecuar las mismas, instalar canales y bajantes de agua, adecuar los techos y terrazas, así como la modificación de los productos y plantas que se sembraban en el lugar, con el fin de reforestar la zona, y disminuir el proceso erosivo y evitar el incremento del movimiento de tierra; recomendaciones, que según informes, han sido acatadas por los particulares en lo que les corresponde, y ello ha contribuido con la mejora en la zona.

A la fecha de esta sentencia, no se encuentra acreditada la existencia de un proceso de movimiento de tierra o deslizamiento en el sector descrito en la demanda; y, contrario a ello, la Corporación Autónoma Regional de Caldas, en visita realizada el 25 de febrero del año en curso, da cuenta que, en el área afectada por el deslizamiento del año 2012, se ha presentado un proceso de regeneración natural y cubrimiento con cobertura vegetal, observando una estabilidad en el sector.

También deja presente la Corporación que, el uso del suelo corresponde a cultivos limpios de café, plátano y frutales, sin presencia de árboles que aporten al reforzamiento del suelo y protección de la erosión que puede ocasionar la lluvia.

Finalmente, la Corporación expone que, continúan vigentes las recomendaciones realizadas con relación al cambio paulatino del uso del suelo, continuar con la construcción de canales y bajantes de aguas lluvia en todas las viviendas, y la realización de un monitoreo constante por parte de la unidad de Gestión de Riesgo del Municipio de Manizales.

Del testimonio rendido por el Ingeniero Jhon Jairo Chisco Leguizamón se desprende que, si bien es cierto, en el año 2012 se presentó un proceso de deslizamiento contiguo a la vivienda de las demandantes, actualmente no se presenta la problemática de esa época, que hay revegetalización del área afectada, los

habitantes han realizado gestiones para manejos de aguas lluvias; y, afirma que, el municipio de Manizales tiene al sector incluido en un proyecto de proceso de estabilidad.

7. De los derechos que se reputan vulnerados.

La parte demandante sostiene que el derecho vulnerado en este asunto es la prevención de desastres previsibles técnicamente.

Es preciso reiterar que, el medio de control de defensa de derechos e intereses colectivos, está relacionado con la amenaza o vulneración de derechos colectivos, los cuales pueden ser quebrantados por actos, acciones u omisiones de la entidad pública, de un servidor o funcionario público en ejercicio de sus funciones, o de los particulares.

Y, a su vez, el artículo 88 de la Constitución Política establece en su inciso primero dispone:

“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”.

7.1. Con relación al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente el Consejo de Estado²² ha sostenido:

“(…) La relevancia de la actividad preventiva en el Estado Social de Derecho tiene sustento en que el bienestar social debe lograrse a través del despliegue de conductas que mitiguen las trasgresiones o amenazas de los bienes jurídicos superiores de las personas, es por tal motivo que las entidades públicas tienen la obligación de construir un modelo que provea de esas medidas, de manera que sea posible anticipar los riesgos propios a las circunstancias en que se desarrollan las actividades sociales, con miras a reducir la probabilidad de materialización de desastres.

En tal escenario, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, le encarga al Estado el deber de proveer a los habitantes de los mecanismos e instrumentos para que aquellos hechos riesgosos puedan ser controlados de manera eficiente y eficaz; así debe verse desde la perspectiva de promoción en la que las autoridades estatales adelanten actuaciones, expidan reglamentos o celebren contratos, entre otras manifestaciones, orientadas a adoptar las medidas pertinentes, anticipándose a las calamidades.

De igual manera, y frente al contenido y alcance del derecho colectivo en mención el Consejo de Estado³ consideró:

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

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

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

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

Supone, entonces, una Administración Pública activa, técnica y

comprometida con la asunción permanente de sus responsabilidades y con el monitoreo constante de aquellos ámbitos de la vida diaria que están bajo su cargo, como presupuesto de la actuación anticipada o preventiva (y también reactiva) que instaure como estándar de sus actuaciones. No se puede olvidar que es misión de las autoridades realizar las acciones y adoptar las medidas que resulten indispensables para garantizar la vida e integridad de los residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y, en general, el conjunto de derechos de los que son titulares; para lo cual es esencial su compromiso con la prevención de situaciones de amenaza o vulneración de esos derechos, en especial cuando ellas son susceptibles de ser anticipadas mediante la fiscalización permanente de la realidad y la adopción oportuna de las medidas pertinentes para asegurar la efectividad de los derechos, bienes e intereses de la comunidad y de sus miembros. Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles decumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales (...). (Subraya la Sala).

Por su parte la gestión del riesgo de desastres está definida en la Ley 1523 de 24 de abril de 2012 como *“un proceso social orientado a la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas, estrategias, planes, programas, regulaciones, instrumentos, medidas y acciones permanentes para el conocimiento y la reducción del riesgo y el manejo de desastres, con el propósito explícito de contribuir a la seguridad, el bienestar, la calidad de vida de las personas y al desarrollo sostenible”*, de manera que, el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles está ligado al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, específicamente al de *“proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades”*.

Una vez definido el alcance del derecho colectivo que las demandantes invocan como vulnerado en este asunto, pasa la Sala a estudiar el fondo de éste, para establecer la existencia de violación o amenaza del mismo, y en caso de ser así, la responsabilidad de las demandadas, y la actuación de cada una de estas, a la luz de la normativa aplicable y, en concordancia con las pruebas que reposan dentro del proceso, para impartir, si es del caso, las órdenes a que haya lugar.

Ahora bien, las demandantes consideran vulnerado el derecho colectivo de prevención de desastres técnicamente previsibles, argumentando la existencia de proceso de inestabilidad en la zona, especialmente por situaciones ocurridas desde

el año 2012, por fenómenos de remoción de tierra ocurridos al lado de su vivienda desde el año en mención; y que, pese a las obras de canalización de aguas realizadas por ellas, no hay presencia de obras de mitigación por lo que el riesgo en la ladera continúa latente a su juicio.

Frente a la vulneración del derecho de prevención de desastres técnicamente previsible esta Sala lo que encuentra acreditado es que, en el año 2012 ocurrió un movimiento de tierra contiguo a la vivienda de las demandantes, el cual tuvo como origen, además de los factores antrópicos, la falta de canalización de las aguas lluvias de las viviendas cercanas, la manera en que se construyeron las mismas y, el lugar de su ubicación, al borde de la pendiente.

Se evidenció que, el evento ocurrido en el año 2012 no se ha incrementado, ni se encuentra latente, ni la vivienda de las demandadas se encuentra en alto riesgo al momento de la visita de Corpocaldas, realizada en el mes de febrero del año en curso; pues esa área, que fue afectada en el año 2012, cuenta con un proceso de recuperación con cobertura vegetal. Ello en parte, por la canalización de aguas que han realizado en las viviendas del sector, en virtud de las recomendaciones impartidas por Corpocaldas y el municipio de Manizales en su momento, lo cual ha contribuido a la estabilización del talud; sin que desde la fecha se hayan presentado nuevos fenómenos erosivos; así como el municipio afirmó en el informe técnico que, al momento de la visita no se observaron procesos erosivos activos que puedan estar comprometiendo la estabilidad de las edificaciones; motivos por los cuales no encuentra acreditada la vulneración del derecho colectivo de prevención de desastres técnicamente previsible.

Se encuentra igualmente demostrado dentro del proceso que, tanto la alcaldía de Manizales, como la Corporación Autónoma Regional de Caldas, especialmente ésta última, han realizado visitas constantes al sector, monitoreos y han dado las recomendaciones necesarias para que la estabilidad de la ladera cuestionada; de manera que, se han realizado las actividades necesarias para reducir la probabilidad de materialización de desastres relacionados con los hechos descritos en la demanda.

Por lo considerado, esta Sala de decisión no encuentra acreditada la vulneración del derecho de prevención de desastres técnicamente previsible, y, el hecho que se haya acreditado que en el año 2012 hubiese ocurrido un proceso de deslizamiento

contiguo a la casa de las demandantes, y que efectivamente su casa, esté cerca a la corona del talud, esas situaciones por si solas, no pueden dar lugar a la declaratoria de vulneración del derecho colectivo invocado.

Así pues, al no encontrarse acreditada la vulneración del derecho colectivo invocado, se negarán las pretensiones de la demandante, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8. Costas.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación unificó su jurisprudencia en relación con la procedencia y reconocimiento de condena en costas en acciones populares mediante sentencia del 6 de agosto de 2019,¹⁴ en la que precisó:

“(...) 165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia”.

Así las cosas, y por cuanto en este asunto no obra prueba sobre la causación de expensas, gastos o agencias en derecho, durante el curso del proceso, ni mala fe o temeridad en ejercicio del medio de control, no habrá condena en costas.

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

¹ Exp. 2017-00036-01(AP)REV-SU, M.P. Rocío Araújo Oñate.

III. Falla

Primero: Negar las pretensiones de las demandantes Amalia Osorio Ríos y Diana María Agudelo Montoya, dentro del medio de control de Protección de derechos e intereses colectivos presentado contra el municipio de Manizales y Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -.

Segundo: Sin condena en costas.

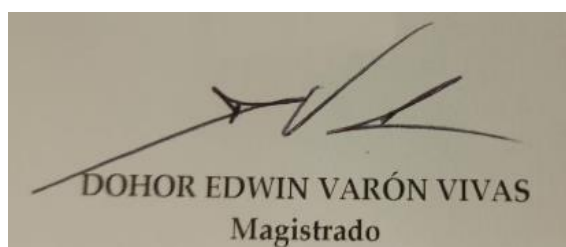
Tercero: **Ejecutoriada** esta providencia **Archívense** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Augusto Morales Valencia
Magistrado
Ausente con excusa

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinte (20) de octubre dos mil veintitrés (2023)

Acción	Cumplimiento de normas con fuerza de ley
Radicación	17 001 33 33 002 2023 00164 00
Demandante	Gloria Helena Higueta Cortés
Demandado	Superintendencia de Transporte
Providencia	Sentencia No. 193

Se dispone la Sala a dictar sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Pretensiones

Las pretensiones en el escrito de cumplimiento son las siguientes:

“1. Que la Superintendencia de Transporte se encargue de verificar la implementación de forma inmediata del cobro de sus tarifas a la Concesión Autopistas del Café S.A mediante los dispositivos electrónicos en todos sus peajes definidos en la norma mencionada en este escrito.

2. Que la Superintendencia de Transporte inicie proceso investigativo por el incumplimiento al plazo máximo dado para la implementación del peaje electrónico mediante las resoluciones No. 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 y 20213040051695 del 29 de octubre de 2021 y las sanciones a las que haya lugar como lo describe en la comunicación del 24 de julio de 2023 disponible en su portal: Super

transporte sanciona a seis concesionarios por incumplir con la habilitación de peajes electrónicos”.

2. Normas incumplidas

- Resolución 20213040035125 del 11 de agosto de 2021, en su artículo primero, relacionado con la reglamentación del sistema para la Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) y recaudo electrónico entre otros; artículo 3 relacionado con su ámbito de aplicación, artículo 5 de los actores estratégicos del sistema IP/REV y sus roles, y artículo 19 de los principios aplicables entre los Actores Estratégicos y los Usuarios del Sistema IP/REV. Y, resolución 20213040051695 del 29 de octubre de 2021 *“Por la cual se adiciona un parágrafo 3 al artículo 7, se modifican los artículos 8, 33 y 34 y el numeral 1.6.9. del Anexo 1 – Técnico: Sistema de Interoperabilidad de Peajes y Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) para Colombia, y se sustituye el Anexo 6 – Comité Técnico de Operación de la Resolución 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 del Ministerio de Transporte”.*

3. Hechos

Funda sus peticiones en que, es una servidora pública que vive en el municipio de Villamaría – Caldas, que debe desplazarse en su vehículo a los municipios del departamento de Risaralda; y que, advierte que para el año 2023 los peajes de dicho departamento tienen posibilidad de pago electrónico.

Relata que, por recibir en su cuenta de ahorros, los gastos de viaje asignados a su desplazamiento para el cumplimiento de sus funciones, le es de mayor facilidad y seguridad tener un *“TAG (Código Electrónico de Producto (código EPC) Es un número único diseñado para identificar de manera inequívoca cualquier objeto. Este código es un sistema de identificación y seguimiento de productos en tiempo real. El número se encuentra almacenado en el TAG que puede leerse mediante RFID), atendiendo que en el mercado colombiano existen varias empresas en las cuales*

se puede adquirir este TAG mediante el cual se recarga dinero para ser descontado cuando se realice el registro y lectura en los peajes que tienen este dispositivo”.

Afirma que, la Concesión Autopistas del Café S.A no tienen la infraestructura instalada para el servicio mencionado, de manera que, no es posible que realice la transferencia, por lo que, hacer el pago en efectivo no le resuelve la situación.

Sostiene que por lo anterior, consultó en internet los plazos que tenían las concesiones para tener este servicio, evidenciando el incumplimiento por parte de Autopistas del Café, a quien indagó directamente sobre las fechas de la instalación del dispositivo; y que, luego de varias peticiones, recibió respuesta en la que se informaba que, *“teniendo en cuenta el contrato de concesión es de los denominados 1G, para adelantar la instalación del sistema IP/REV, era necesario que la misma fuera ordenada por la entidad concedente – ANI, situación que tuvo lugar el 29 de diciembre de 2022, motivo por el cual, actualmente nos encontramos en etapa de contratación e implementación de dicho sistema dentro de los plazos establecidos por la Agencia Nacional de Infraestructura.”*

Respuesta ante la cual, trasladó la petición al Ministerio de Transporte, el cual respondió: *“En cuanto al caso particular de su requerimiento me permito informarle que este Ministerio expidió las resoluciones 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 y 20213040051695 del 29 de octubre de 2021, generando con ello el marco normativo que a la fecha rige para la implementación y operación del Sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular IP/REV. Por lo anotado, es claro para todos los actores que el plazo final para la habilitación de actores del sistema venció el pasado 29 de octubre de 2022. De otra parte, es importante resaltar que la vigilancia y control del cumplimiento de las citadas normas, corresponde a la Superintendencia de Transporte, entidad que tiene dicha función dentro de sus competencias”.*

Y que, por la respuesta en mención, elevó petición a la Superintendencia de

transporte, quien no respondió a su petición, pese a requerimiento formulado en portal web de dicha entidad.

4. Contestación de la accionada (Documento 011 del expediente digital).

La demandada Superintendencia de transporte dice que, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la acción de cumplimiento, y afirma que ésta resulta improcedente al no cumplir los requisitos mínimos, los cuales se desprenden del contenido de la Ley 393 de 1997, específicamente con la constitución en renuencia.

Hace una relación de actuaciones relacionadas con el presunto incumplimiento de la concesión Autopistas del Café S.A. de los principios rectores del transporte y los sistemas inteligentes para la infraestructura el tránsito y transporte SIT previstos en las leyes 105 de 1993, 336 de 1996 los artículos 2,5,1,1 y 2,5,1,4 del Decreto 1079 de 2015 entre otros; que la requirió el 13 de junio del presente año, con el fin de que se pronunciara sobre los hechos de este medio de control; y que, le solicitó un informe sobre el plan de implementación, con un plazo razonablemente definido, que permita ejercer un debido seguimiento a la implementación de sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV).

Afirma que, adicional a lo anterior, solicitó que, dentro de los primeros cinco (5) días hábiles de cada mes, iniciando en el mes de junio de 2023, se remitiera un informe de avance en el que se demuestre de manera clara y precisa el estado de ejecución y de cumplimiento del Plan de Implementación, el análisis de desviación respecto del plan y las acciones efectuadas para corregir dichas desviaciones cuando estas resulten necesarias; y que, dio apertura a la investigación correspondiente por la implementación del sistemas de peajes con recaudo electrónico; por lo cual, el representante legal de la Concesión Autopistas del Café S.A., allegó informe sobre el proceso de habilitación como operador del sistema IP/REV de conformidad con el artículo segundo de la Resolución No. 5375 de 2023, en el cual informa sobre las actuaciones adelantadas por dicha concesión respecto a los hechos que sustentan

la queja presentada por la señora Gloria Helena Higueta Cortés.

Concluye la Superintendencia de Transporte que, no ha incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones, ni ha sido renuente con su obligación, de hacer cumplir a la concesionaria Autopistas del Café S.A. la implementación del peaje electrónico, afirmando que, por ello, las pretensiones de la acción de cumplimiento no están llamadas a prosperar ya que las mismas ya han sido desplegadas por la accionada.

Como medio de defensa afirma que en este caso hay improcedencia de la acción de cumplimiento por carecer del requisito de renuencia ante la Superintendencia de Transporte; pues si bien se observa que la accionante mediante escrito del 18 de abril de 2023 solicitó a la accionada la respuesta a una petición esa se relaciona con una respuesta dada por el Ministerio de Transporte, donde se le indica que, era esa Superintendencia la que debía dar respuesta a su solicitud, exponiendo que, a esa fecha, la Concesión Autopistas del Café aún no cuenta con la disponibilidad de pago electrónico y sigue recibiendo exclusivamente pago en efectivo para los peajes Las Pavas; San Bernardo del Viento, Tarapacá I Jurisdicción del Departamento de Caldas y Tarapacá II Jurisdicción del Departamento de Risaralda, y, Circasia Jurisdicción del Departamento del Quindío. Petición que, a su juicio, no cumple con la finalidad de constituir en renuencia a la Superintendencia de Transporte, por cuanto al observar lo pretendido en el mencionado derecho de petición, comparativamente con la pretensión de la demanda, las mismas no guardan identidad.

Adiciona que, el Consejo de Estado ha considerado que *"el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento"*, y que ello no fue el reclamo que se realizó en este caso.

Sostiene que, para que proceda la acción de cumplimiento, debe probarse por parte de la demandante la renuencia de la entidad accionada frente al cumplimiento del deber, antes de presentar la demanda, bien sea por acción u omisión o por la

ejecución de actos o hechos que permitan deducir su incumplimiento, situación que no se encuentra probada.

Reitera que, no ha incurrido en incumplimiento de sus funciones y ni ha sido renuente a su obligación de hacer cumplir a la concesionaria Autopistas Del Café S.A. respecto a al incumplimiento al plazo máximo dado para la implementación del peaje electrónico mediante las resoluciones No. 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 y 20213040051695 del 29 de octubre de 2021; y contrario a ello, que, la Superintendencia de Transporte ha verificado la implementación de forma inmediata del cobro de sus tarifas a la Concesión Autopistas del Café S.A mediante los dispositivos electrónicos en todos sus peajes definidos en la norma mencionada y también ha dado inicio al proceso investigativo correspondiente, por lo que las pretensiones de la acción de cumplimiento no están llamadas a prosperar ya que las mismas ya han sido desplegadas por la aquí accionada

5. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 3 de octubre de 2023 que reposa en el documento 012 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto en virtud de lo dispuesto por el numeral 16 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que procede el Tribunal a dictar sentencia en **primera instancia**, al no encontrar causal alguna que invalide la actuación que hasta ahora se ha surtido.

2. Objeto de la decisión.

Corresponde a esta colegiatura judicial determinar si es procedente o no, por la vía de la acción de cumplimiento, ordenar a la Superintendencia de Transporte el cumplimiento de las resoluciones 20213040035125 del 11 de agosto de 2021, específicamente, como lo solicita la demandante, la verificación de la implementación del sistema de interoperabilidad de peajes con recaudo electrónico vehicular (IP/REV), y, 20213040051695 del 29 de octubre de 2021 *“Por la cual se adiciona un párrafo 3 al artículo 7, se modifican los artículos 8, 33 y 34 y el numeral 1.6.9. del Anexo 1 – Técnico: Sistema de Interoperabilidad de Peajes y Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) para Colombia, y se sustituye el Anexo 6 – Comité Técnico de Operación de la Resolución 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 del Ministerio de Transporte”*.

3. Marco normativo.

El artículo 146 de la ley 1437 de 2011 relacionada con el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos contempla:

“Toda persona podrá acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, previa constitución de renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”

Por su parte, el artículo 87 de la Constitución Política señala:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”

La ley 393 de 1997 *“Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”*, dispone en sus artículos 1, 2 y 8:

“Artículo 1º.- Objeto. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial definida en esta Ley para hacer efectivo el cumplimiento de normas aplicables con fuerza material de Ley o Actos Administrativos.

Artículo 2º.- Principios. Presentada la demanda, el trámite de la Acción de Cumplimiento se desarrollará en forma oficiosa y con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y gratuidad.

(...)

Artículo 8º.- Procedibilidad. La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable para el accionante, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.”

4. Marco Jurisprudencial.

Reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado¹ ha precisado que, el medio de control de cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, procede contra toda omisión de la autoridad que permita el incumplimiento de éstas en el siguiente sentido:

“(…) 2. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

22. La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

23. En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio

de 1997, que reglamenta esta acción, **exige como requisito de procedibilidad “la renuencia”** (artículo 8°), esto es, **haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido**, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

24. Para que la demanda proceda, se requiere:

a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;

b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;

c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse vía acción de tutela.

25. A pesar de lo anterior, debe precisarse que es lo cierto que dicho precepto omitió mencionar desde cuándo se hace exigible dicha obligación y no puede este juez constitucional desconocer que la acción de cumplimiento tiene por objeto el acatamiento de mandatos claros, expresos y exigibles y esta última condición impone, entre otras, que la norma que contenga el mandato que se reclama establezca desde cuándo resulta reclamable, lo que no ocurre en este asunto.

26. Sumado a lo dicho, la Sala encuentra que el mandato también está sometido a condiciones que no han sido cumplidas, lo cual impide que se puede ordenar su acatamiento. (...)” (Subraya la Sala y Negrillas del texto)

De la sentencia en cita, queda claro que, los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento son la constitución en renuencia, que la norma que se invoca como incumplida, contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública, y que se establezca que existe desatención de la norma; también que se pruebe que antes de presentar la demanda, se exigió el cumplimiento del deber legal; y que, el afectado, no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo.

5. De los requisitos de procedencia en el sub examen.

Para determinar lo correspondiente en el asunto debatido, se hace necesario estudiar los requisitos para la procedencia de la acción de cumplimiento, regulada por la Ley 393 de 1997, los que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. Que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige por medio de la acción esté consignado en normas con fuerza de ley o en actos administrativos.
2. Que la consagración de tal deber se haya hecho en un mandato imperativo e inobjetable exigible a la autoridad a la cual se le esté reclamando el cumplimiento.
3. Que la administración haya incumplido el mandato legal o administrativo del caso.
4. Que la administración se encuentre renuente a cumplir y tal renuencia sea probada por el demandante.
5. Que el afectado no tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, salvo en el caso en que, de no proceder el juez de cumplimiento, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción.

Así, para que la acción de cumplimiento tenga vocación de prosperidad es necesario que concurra en el caso concreto la totalidad de los elementos que acaban de ser descritos, de manera que la ausencia de uno o varios de ellos impide una sentencia de fondo favorable a las pretensiones de la demanda.

Por su parte, el artículo 9 de la ley 393 de 1997 contempla frente a la improcedibilidad del medio de control de Cumplimiento:

“Artículo 9o. Improcedibilidad._La Acción de Cumplimiento no procederá

para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela.

Tampoco procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o Acto Administrativo, salvo, que de no proceder el Juez, se siga un perjuicio grave e inminente para el accionante.

Parágrafo. *La Acción regulada en la presente Ley no podrá perseguir el cumplimiento de normas que establezcan gastos.”*

Una de las discusiones planteadas por la demandada en el presente asunto, es que no se agotó el requisito de procedibilidad en debida forma; afirmación ante la cual es necesario precisar lo siguiente:

Se aporta con el escrito de demanda un apartado de imagen de captura de pantalla con oficio dirigido a la Superintendencia de Transporte de fecha 18 de abril de 2023, donde dicha entidad, arroja un radicado número 20235340720552 de 18-04-2023; y con ello, una captura de pantalla de la solicitud a la Superintendencia de Transporte, correspondiente a un chat con dicha entidad, donde la accionante, señora Gloria Helena Higueta solicita respuesta a PQR elevada por ese medio, exponiendo que no resulta posible descargar el archivo; y donde se le responde que, no se registra respuesta en el sistema y que dará por terminado el chat, escalando el asunto a la Dirección de Prevención en Concesiones e Infraestructura, dependencia a la cual se encuentra asignada la solicitud.

También reposa una consulta en el aplicativo de Super Transporte de 31 de agosto de 2023, en la que aparece:

Fecha de radicación el 2023-04-18

Número de radicado 20235340720552

Asunto: Queja AUTOPISTAS DEL CAFÉ S.A.S. – pago electrónico peajes - GD#3

Solicitante:

Tipo PQR: 3

Respuesta:

Ver detalle:

Seguidamente se aporta una imagen de pantalla, en la que se expone que cuando se da clic para descargar respuesta, se envía a nueva página que dice no se encontró el servidor, que aparece con la referencia “extraviado”; y que, cuando se da clic en ver detalle, reporta como error.

De igual manera, se aporta una imagen de pantalla correspondiente al correo electrónico de la accionante, constando en su bandeja de entrada un mensaje de 13 de abril del año en curso, como referente respuesta solicitud Superintendencia de Transporte, donde consta el radicado 20235340720552.

Así mismo, con los anexos de la demanda se aporta copia del oficio enviado el 18 de abril de 2023 a la Superintendencia de Transporte, en la cual hace solicitud relacionada con el radicado 20235340720552, donde aparece la señora Gloria Helena Higuera Cortés como peticionaria, y se observa una parte de descripción de los hechos, de la cual se extrae:

“(...) A la fecha aún no se evidencia en los peajes que tienen asignados este carril para el pago; la semana anterior estuve en el peaje de Circasia y comparto las imágenes de la congestión que se genera. Por lo tanto es importante para mí como usuario muy frecuente de los peajes del Eje Cafetero cuando tienen disponible este servicio debido a que ya hice la inscripción en Flypass y estoy a la espera para atender el pago electrónico. Si la norma indica que el plazo dado para las concesiones era del 30 de octubre de 2023 por qué Autopistas del Café S.A.S continúa sin la instalación y por favor me indican es el tiempo estimado para que cumplan con la norma. Tuve respuesta del Ministerio de Transporte que mediante una comunicación oficial con No. 20235000361491 del 14 de abril por Alejandra Quintero, directora de Infraestructura indica que los plazos se vencieron para la implementación y que corresponde a la Super Transporte otorgarme la respuesta.”

Ahora bien, la constitución en renuencia consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevar el interesado a la autoridad renuente exigiendo atender un mandato consagrado en norma con nivel de ley o en acto administrativo, con citación precisa de éste, y que aquella se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

Sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad el Consejo de Estado¹ ha considerado:

“(…) 2. Del agotamiento de la renuencia como requisito de procedibilidad

(…)

24. Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad, la Sala ha señalado que «...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento»

(…)

26. En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 establece lo siguiente: «(…) Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud (…)».

27. Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de esta que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y que, de este, pueda inferirse el propósito de agotar el requerimiento en mención.

28. En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando el requerimiento «...tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia (...)». (Subraya la Sala).

Se encuentra acreditado dentro del presente asunto que, la accionante señora Gloria Helena Higuera si envió petición a la demandada Superintendencia de Transporte el día 18 de abril de 2023; y que, el objeto general de dicha petición estaba relacionado específicamente con la entrada en funcionamiento del pago electrónico de peajes.

De igual manera se acreditó que la demandante, mediante comunicación por chat con la parte demandada, le indicó que no era posible descargar su petición de la página, así como tampoco veía respuesta alguna a su solicitud; ante lo cual, la

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 27 de octubre de dos mil veintidós (2022). MP. Dr. Pedro Pablo Vanegas Gil. Rad. 25000-23-41-000-2022-00942-01.

Superintendencia de Transporte le confirma el radicado de su solicitud número 20235340720552, escalando el asunto a la dirección de prevención en concesiones e infraestructura; así como que al intentar descargar lo relacionado con la petición, la página arroja error en el servidor.

De la jurisprudencia en mención, y de las pruebas que reposan dentro del proceso queda acreditada la constitución en renuencia de la demandada Superintendencia de Transporte, pues la petición que fue radicada, está relacionada con el pago electrónico de peajes; y, el hecho de no ser posible acceder a la petición elevada a su página web, así como la respuesta de la misma, obedece a una situación propia de la Superintendencia demandada, pues el sistema no permite visualizar la petición, que fue aceptada por la misma entidad, identificada con fecha y número de radicado; así como que, la entidad no profirió respuesta alguna relacionada con la petición.

Por lo considerado, si bien es cierto que la jurisprudencia efectivamente precisa que, la solicitud para la constitución en renuencia no es un simple derecho de petición, también lo es que, no es necesario que se diga explícitamente que el objetivo es constituir la renuencia del artículo 8 de la Ley 393 de 1997, pues basta con advertir que lo que se pretende es el cumplimiento de un deber legal o acto administrativo, del cual se infiera el propósito de agotar el requerimiento en mención. Y, para esta Sala de decisión, con las pruebas aportadas se entiende agotado el requisito de constitución en renuencia por estar acreditada la solicitud enviada cuya queja es el pago electrónico de peajes, que es justo el tema de discusión en este asunto; otra cosa es que, no se pueda verificar el sentido estricto del escrito, al demostrarse igualmente que, por una falla, error, o dificultad en la sección de peticiones quejas y reclamos de la Superintendencia de Transporte, no fue posible para la accionante descargar su petición, y la misma entidad aceptó no haber dado respuesta al 31 de agosto del presente año, habiendo transcurrido más de 3 meses desde la petición elevada, de manera que, en este caso particular, por las situaciones descritas si se encuentra acreditada la constitución en renuencia de la accionante.

6. De los actos de los cuales se reputa el incumplimiento

Ahora bien, los actos cuyo cumplimiento solicita la demandante, son la resolución número 20213040035125 del 11 de agosto de 2021, “*Por la cual se adecúa la reglamentación del sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) y se dictan otras disposiciones*”, de la cual transcribe en el ítem que denomina acto incumplido, los artículos 1, 3, 5 y 19; los cuales disponen:

“Artículo 1.- Objeto. La presente Resolución tiene por objeto adecuar la reglamentación del sistema para la Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV), establecer los lineamientos para la protección de los Usuarios del sistema de interoperabilidad de Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV), fijar los requisitos que deben cumplir los Actores Estratégicos para obtener y mantener la Habilitación para la prestación del servicio de Recaudo Electrónico Vehicular (REV) de peajes, en condiciones de interoperabilidad entre los actores del sistema y adoptar los siguientes anexos, los cuales hacen parte integral de la presente resolución:

- i) Anexo 1 Técnico: Es el documento que contiene el estándar técnico de interoperabilidad que deben cumplir los Actores Estratégicos para ser habilitados por el Ministerio de Transporte para ejercer su rol en el Sistema IP/REV.*
- ii) Anexo 2 - Financiero: Es el documento que contiene los requisitos financieros que deben cumplir los Actores Estratégicos para ser habilitados por el Ministerio de Transporte, para ejercer su rol en el Sistema IP/REV.*
- iii) Anexo 3 - COLPASS: Anexo en el que se definen las condiciones para la utilización de la marca de interoperabilidad COLPASS por parte de los Actores Estratégicos del Sistema IP/REV.*
- iv) Anexo 4 - Oferta Básica de Interoperabilidad –OBIP-: Establece las condiciones mínimas que deben regir la relación entre los Actores Estratégicos.*
- v) Anexo 5 - Especificaciones de Interoperabilidad: Describe los mecanismos y requerimientos para el intercambio de información que deben seguir los Actores Estratégicos para conformar el requerimiento de interoperabilidad nacional a través de integraciones punto a punto.*
- vi) Anexo 6 - Comité Técnico de Operación: Define el alcance, conformación, funciones y vigencia de la instancia permanente de carácter consultivo para promover la cooperación entre Actores Estratégicos.*

Artículo 3.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones establecidas en la presente Resolución se aplicarán a la prestación del servicio de Recaudo Electrónico Vehicular (REV) de peajes, a los Actores Estratégicos y a los usuarios del sistema.

Artículo 5.- Actores Estratégicos del sistema IP/REV y sus roles: Los Actores Estratégicos del Sistema IP/REV, pueden ejercer los siguientes roles en el sistema, previa habilitación: 1. Operador del sistema de Interoperabilidad de

Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (OP IP/REV). 2. Intermediador del sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (INT IP/REV).

Artículo 19.- Principios aplicables a la relación entre los Actores Estratégicos y los Usuarios del Sistema IP/REV. Las relaciones entre los Actores Estratégicos y los Usuarios del Sistema IP/REV, deberán velar por la protección de estos últimos, y se regirán por los siguientes principios:

a) Favorabilidad. Toda duda en la interpretación o aplicación de las normas y de las cláusulas del contrato celebrado entre los Actores Estratégicos será decidida a favor de los usuarios, de manera que prevalezcan sus derechos.

b) Calidad. Los Actores Estratégicos prestarán sus servicios en forma continua y eficiente, de conformidad con los parámetros técnicos establecidos en la presente resolución y sus anexos, o las normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

c) Buena fe. Los diferentes Actores Estratégicos y los usuarios del Sistema IP/REV, guardarán la buena fe en las relaciones que establezcan.

d) Información. En todo momento de la relación que se establezca entre los Operadores y los Intermediarios y entre estos y los usuarios, los primeros deberán suministrar información en forma transparente, comprensible e idónea, necesaria, actualizada y oportuna, suficiente, comprobable, precisa, cierta, completa, gratuita y que no induzca a error, para efectos que los Usuarios tomen decisiones informadas respecto del servicio o servicios ofrecidos o requeridos. Esta información en los términos indicados deberá estar disponible por parte de los Operadores e Intermediadores, a efectos de la regulación, vigilancia y control del Estado. La información gratuita al usuario será la necesaria para conocer las condiciones de contratación, la ejecución contractual y las obligaciones y derechos a los que se encuentra sujeto como usuario y/o consumidor del servicio del sistema IP/REV.

e) Protección de datos personales y responsabilidad demostrada. El tratamiento de datos personales que realicen los Actores Estratégicos deberá realizarse de manera legal, lícita, confidencial y segura, dando estricto cumplimiento a las normas sobre tratamiento de datos personales previstas en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y sus normas reglamentarias, y deberán adoptar medidas de responsabilidad demostrada para garantizar el debido tratamiento de esos datos. Las medidas adoptadas deben ser apropiadas, efectivas, útiles, eficientes y demostrables. Especial énfasis realizarán en garantizar la seguridad, la integridad, la confidencialidad, el uso y la circulación restringida de esa información.

f) Publicidad. Los Intermediarios y Operadores deberán publicitar a través de medios físicos o virtuales, las características del servicio, los documentos tipo de la relación contractual, las tarifas del servicio y sus modificaciones en forma clara, veraz, oportuna y verificable, sobre las características propias del servicio de IP/REV. Esto con el fin de permitir y facilitar su comparación y comprensión al Usuario.

g) Responsabilidad. Los diferentes Actores Estratégicos y los usuarios del Sistema IP/REV, deberán actuar de manera responsable frente al uso y prestación de los servicios del sistema, evitando aquellas conductas que afecten su adecuado funcionamiento o que perjudiquen a los demás actores del sistema.

h) Trato no discriminatorio y transparencia en la información. los actores en sus acuerdos no podrán establecer reglas o condiciones que discriminen a un actor o a un grupo de actores respecto a otro. En desarrollo de este principio, deberán dar trato igual en sus acuerdos a todos los actores en cuanto a las condiciones técnicas, operativas, comerciales, y cualquier otra que se consigne en dichos acuerdos. Para materializar este principio todos los acuerdos entre actores estratégicos (Operadores e Intermediadores) serán públicos, sujeto a registro ante el Ministerio de Transporte y publicados para libre consulta de cualquier interesado.”

Así como refiere el incumplimiento de la resolución 20213040051695 del 29 de octubre de 2021 *“Por la cual se adiciona un parágrafo 3 al artículo 7, se modifican los artículos 8, 33 y 34 y el numeral 1.6.9. del Anexo 1 – Técnico: Sistema de Interoperabilidad de Peajes y Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) para Colombia, y se sustituye el Anexo 6 – Comité Técnico de Operación de la Resolución 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 del Ministerio de Transporte”*.

De lo expuesto, para esta Sala es claro que, los actos de los cuales se reputa el incumplimiento están relacionados con la reglamentación del sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV).

Así mismo, las pretensiones son la verificación de la Superintendencia de la implementación inmediata del cobro de tarifas mediante dispositivos electrónicos por la Concesión Autopistas del Café, y que, por tal motivo se inicie proceso de investigación.

7. Del caso concreto

Para el estudio del caso en concreto, es importante precisar que, dentro de los requisitos contemplados en la ley 393 de 1997 para la procedencia del medio de control de cumplimiento se encuentra que el deber jurídico cuyo cumplimiento se exige, tenga un mandato imperativo e inobjetable exigible a la autoridad a la cual se le esté reclamando el cumplimiento; reiterando que, deben reunirse la totalidad de los

elementos, pues la ausencia de uno de ellos, impide una sentencia de fondo favorable.

Por su parte, el Consejo de Estado² ha precisado lo siguiente, con relación a la existencia de un mandato imperativo e inobjetable:

“(...) 2.4.6. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Ahora bien, el artículo 5º de la Ley 393 de 1997 señala que la presente acción se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, es decir, debe estar plenamente identificada la autoridad pública o el particular en ejercicio de funciones públicas que debe cumplir la norma.

No puede afirmarse, entonces, la inexistencia de un mandato imperativo e inobjetable cuando la norma cuyo cumplimiento se pretende requiera del análisis de otros preceptos o no precisa la autoridad obligada, pues lo que realmente aquella debe prescribir es un “deber”. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo. Así, por ejemplo, si la norma consagra una facultad o su ejercicio es discrecional, no se cumplirá el requisito bajo estudio. (...)” (Subraya la Sala).

Al revisar los actos que se reputan como incumplidos por parte de la actora, se encuentra que las resoluciones números 20213040035125 del 11 de agosto de 2021, “*Por la cual se adecua la reglamentación del sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) y se dictan otras disposiciones*”, y, 20213040051695 del 29 de octubre de 2021 “*Por la cual se adiciona un párrafo 3 al artículo 7, se modifican los artículos 8, 33 y 34 y el numeral 1.6.9. del Anexo 1 – Técnico: Sistema de Interoperabilidad de Peajes y Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) para Colombia, y se sustituye el Anexo 6*

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 24 de febrero de 2022. MP. Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Rad. 25000-23-41-000-2020-00738-01.

– *Comité Técnico de Operación de la Resolución 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 del Ministerio de Transporte*”, de las cuales reputa el incumplimiento por parte de la demandante, si bien pretenden adecuar la reglamentación del sistema de interoperabilidad para el recaudo electrónico en los peajes, no se advierte de los artículos 1, 3, 5 y 19 de la primera, ni del conglomerado de los artículos de la segunda, un mandato imperativo e inobjetable a cumplir. No se precisa una orden clara ni deber impuesto a la demandada Superintendencia de Transporte con relación al recaudo electrónico de los peajes, con ocasión al cual, esta Sala pueda dar una orden perentoria, clara y directa a dicha entidad.

Ahora, es necesario precisar que, por una parte, la demandante solicita en sus pretensiones la verificación de la Superintendencia de la implementación inmediata del cobro de tarifas mediante dispositivos electrónicos por la Concesión Autopistas del Café, y que, por ello se inicie proceso de investigación; y por otra parte, el cumplimiento de los actos señalados anteriormente.

El artículo 4 del Decreto 2409 de 2018 por el cual se modifica y renueva la estructura de la Superintendencia de Transporte precisa el objetivo de la misma; y, el artículo 5 contempla las funciones así:

“ARTÍCULO 4. Objeto. *La Superintendencia de Transporte ejercerá las funciones de vigilancia, inspección, y control que le corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa en materia de tránsito, transporte y su infraestructura de conformidad con la ley y la delegación establecida en este decreto. El objeto de la delegación en la Superintendencia de Transporte es:*

1. Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación y el cumplimiento de las normas que rigen el sistema de tránsito y transporte.

2. Vigilar, inspeccionar, y controlar la permanente, eficiente y segura prestación del servicio de transporte, con excepción del servicio público de transporte terrestre automotor colectivo metropolitano, distrital y municipal de pasajeros, del servicio público de transporte, terrestre automotor individual de pasajeros en vehículos taxis en todo el territorio nacional y de la prestación del servicio escolar en vehículos particulares cuya vigilancia continuará a cargo de las autoridades territoriales correspondientes.

3. Inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación y/o mantenimiento de la infraestructura de transporte.

4. Inspeccionar, vigilar y controlar la aplicación de las normas para el desarrollo de la gestión de infraestructura propia del sector transporte.

5. Inspeccionar y vigilar los contratos de concesión destinados a la construcción, rehabilitación, operación, administración, explotación y/o mantenimiento de la infraestructura marítima, fluvial y portuaria.

De conformidad con las funciones delegadas y otorgadas en la normativa vigente, la Superintendencia de Transporte velará por el libre acceso, seguridad y legalidad, en aras de contribuir a una logística eficiente del sector.

ARTÍCULO 5. *Funciones de la Superintendencia de Transporte. La Superintendencia de Transporte tendrá las siguientes funciones:*

1. Asesorar al Gobierno Nacional y participar en la formulación de las políticas en los temas de competencia de la superintendencia, en las cuales siempre se debe privilegiar la protección de los derechos de los usuarios establecidos en la Constitución y en la normativa vigente.

2. Adoptar las políticas, metodologías y procedimientos para ejercer la supervisión de las entidades sometidas a la vigilancia, inspección y control de la Superintendencia.

3. Vigilar, inspeccionar y controlar el cumplimiento de las disposiciones que regulan la debida prestación del servicio público de transporte, puertos, concesiones e infraestructura, servicios conexos, y la protección de los usuarios del sector transporte, salvo norma especial en la materia.

4. Vigilar, inspeccionar y controlar las condiciones subjetivas de las empresas de servicio público de transporte, puertos, concesiones e infraestructura y servicios conexos.

5. Realizar visitas de inspección, interrogar, tomar declaraciones y, en general, decretar y practicar pruebas, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones de la normativa cuyo control es de competencia de la Superintendencia.

6. Solicitar a las autoridades públicas y particulares, el suministro y entrega de documentos públicos, privados, reservados, garantizando la cadena de custodia, y cualquier otra información que se requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

7. Ordenar planes de mejoramiento, mediante acto administrativo de carácter particular, y cuando así se considere necesario, con la finalidad de subsanar las dificultades identificadas a partir del análisis del estado jurídico, contable, económico y/o administrativo interno de todos aquellos quienes presten el servicio de transporte, los puertos, las concesiones o infraestructura, servicios conexos y los demás sujetos previstos en la normativa vigente.

8. Adelantar y decidir las investigaciones administrativas a que haya lugar por las fallas en la debida prestación del servicio público de transporte, puertos, concesiones e infraestructura, servicios conexos, y o en la protección de los usuarios del sector transporte, de acuerdo con la normativa vigente.

9. Imponer las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la normativa vigente, como consecuencia de la infracción de las normas relacionadas con la debida prestación del servicio público de transporte, puertos, concesiones e infraestructura, servicios conexos, y la protección de los usuarios del sector transporte,

10. Imponer las medidas y sanciones que correspondan por la inobservancia de órdenes e instrucciones impartidas por la Superintendencia o por la obstrucción de su actuación administrativa.

11. Ordenar, mediante acto administrativo de carácter particular y cuando así proceda, los correctivos necesarios para subsanar una situación crítica de los prestadores del servicio de transporte, los puertos, las concesiones o infraestructura, servicios conexos, y los demás sujetos previstos en la ley.

12. Decretar medidas especiales o provisionales en busca de garantizar la debida prestación del servicio público de transporte, así como la correcta operación de los servicios conexos en puertos, concesiones e infraestructura, siempre privilegiando la protección de los derechos de los usuarios en los términos señalados en la normativa vigente.

13. Impartir instrucciones para la debida prestación del servicio público de transporte, puertos, concesiones e infraestructura, servicios conexos, y la protección de los usuarios del sector transporte, así como en las demás áreas propias de sus funciones; fijar criterios que faciliten su cumplimiento y señalar los trámites para su cabal aplicación.

14. Divulgar, promocionar y capacitar a los vigilados y público en general, en las materias de competencia de la Superintendencia.

15. Emitir los conceptos relacionados con la debida prestación del servicio público de transporte, puertos, concesiones e infraestructura, servicios conexos, y la protección de los usuarios del sector transporte.

16. Fijar las tarifas de las contribuciones y cobrar las multas que deban pagar las entidades vigiladas y controladas, de conformidad con la ley.

17. Administrar y llevar las bases de datos y registros asignados a la entidad y que resulten de competencia de la Superintendencia.

18. Todas las demás que se le atribuyan de conformidad con la ley.

PARÁGRAFO: El Instituto Nacional de Vías, la Agencia Nacional de Infraestructura, la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, la Agencia Nacional de Seguridad vial y demás autoridades con funciones especiales en el sector transporte, mantendrán sus competencias de conformidad con las normas especiales en la materia.”

De lo anterior se diferencia que, una cosa es el cumplimiento de los deberes y funciones conferidos a la Superintendencia de Transporte; y otra cosa diferente es, el cumplimiento de las resoluciones números 20213040035125 del 11 de agosto de 2021, *“Por la cual se adecua la reglamentación del sistema de Interoperabilidad de Peajes con Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) y se dictan otras disposiciones”*, y 20213040051695 del 29 de octubre de 2021 *“Por la cual se adiciona un parágrafo 3 al artículo 7, se modifican los artículos 8, 33 y 34 y el numeral 1.6.9. del Anexo 1 – Técnico: Sistema de Interoperabilidad de Peajes y Recaudo Electrónico Vehicular (IP/REV) para Colombia, y se sustituye el Anexo 6 – Comité Técnico de Operación de la Resolución 20213040035125 del 11 de agosto de 2021 del Ministerio de Transporte”*.

Hecha la diferenciación previa, debe decirse que, como acto incumplido la accionante no relaciona ninguno que tenga que ver con las obligaciones propias de la Superintendencia de Transporte, sino las resoluciones relacionadas con la reglamentación del recaudo electrónico de los peajes; no obstante, se deja presente que, con la contestación de la demanda, la accionada da cuenta del cumplimiento de sus obligaciones legales, al realizar sus labores de inspección, vigilancia y control al concesionario Autopistas del Café, con relación al recaudo electrónico de los peajes a su cargo.

Y, frente al cumplimiento de los actos que fueron objeto de estudio, por ser éstos de los cuales se imputó el incumplimiento por parte de la actora; como ya se dijo, no encuentra esta Sala que éstos contengan deberes administrativos que puedan ser cumplidos a través de órdenes impartidas en este medio de control, por no advertir de ellos un mandato perentorio, claro y directo a cargo de la Superintendencia de Transporte en este caso.

En consecuencia, al evidenciar la inexistencia de un mandato imperativo e inobjetable que involucre la participación de la Superintendencia de Transporte, se negarán las pretensiones de la demanda, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

8. De la condena en costas.

En este caso no hay condena en costas de conformidad con el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, por tratarse en este caso de un interés público.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, Sala Segunda de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Negar las pretensiones de la accionante dentro del medio de control de **Cumplimiento de normas con fuerza de ley** promovido por la señora **Gloria Helena Higueta Cortés** en contra de la **Superintendencia de Transporte**.

Segundo. Sin costas.

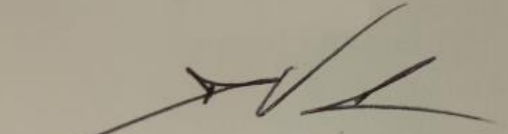
Tercero: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el Sistema Justicia XXI.

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
Ausente con excusa



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 337

Asunto: Decide solicitud de aclaración y adición de sentencia
Medio de control: Protección de los derechos e intereses colectivos
Radicación: 17001-23-33-000-2017-00862-00
Accionante: Javier Elías Arias Idárraga
Accionado: Municipio de Manizales, Caldas, y Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas.
Vinculado: Departamento de Caldas.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 055 del 20 de octubre de 2023

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

ASUNTO

Procede la Sala a decidir sobre las solicitudes de aclaración y adición de sentencia radicadas por el actor popular contra el fallo de primera instancia proferido por este Tribunal en el presente asunto.

ANTECEDENTES

En el presente asunto, esta Sala de Decisión emitió sentencia de primera instancia el primero (1º) de septiembre de dos mil veintitrés (2023) (archivo 78 del cuaderno principal).

Mediante auto del 5 de octubre de 2023¹, el Magistrado ponente concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Caldas (archivos 81 y 82 del cuaderno principal), contra la mencionada providencia proferida por este Tribunal.

El 12 de octubre de 2023, el señor Javier Elías Arias Idárraga, parte actora en el presente asunto, desde el correo electrónico:

¹ Notificado el 6 de octubre de 2023.

participacionambientalista@gmail.com en escrito que obra en el archivo 86 del expediente digital, manifestó lo siguiente:

“JAVIER ARIAS, LE PIDO COMPARTA EL LINK COMPLETO D ELA RENUENTE A POPULAR DONDE UD NUNCA CUMPLIO UN SOLO TERMINO PERENTORIO DE TIEMPO QUE LE IMPONE LA LEY 472 DE 1998, ART 84

PIDO ACLARE Y ADICIONE EL FALLO AMPARANDO LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA PEDIDA EN LA RENUENTE ACCION POPULAR

UNA ACCION POPULAR TARDANDO AÑOS Y AÑOS Y AÑOS Y AÑOS,.....COMO LLAMA ESO, ACCION POPULAR O ACCION ETERNA

PIDO QUE CUANDO SE NOTIFIQUE ALGO, SE CONSIGNE EL CORREO ELECTRONICO OFICIAL,PUBLICO AL QUE PUEDO RESPONDER O MANIFESTARME Y ASI GARANTIZAR ART 29 CN PIDO AL H C DE ESTADO REMITIR AL TRIBUNAL DE CALDAS PUES NUNCA CONSIGNAN CORREO ELECTRONICO OFICIAL, DIFERENTE AL QUE ESCRIBO HOY....” (sic)

(Negrilla de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, corresponde a la Sala decidir sobre la solicitud de aclaración y adición de la sentencia en relación con la vulneración de la moralidad administrativa.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Los artículos 285, 286 y 287 del Código General del Proceso (en adelante CGP), aplicables por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA) y del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, establecen en relación con la aclaración, corrección y adición de las providencias, lo siguiente:

ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. *La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

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

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.

ARTÍCULO 286. CORRECCIÓN DE ERRORES ARITMÉTICOS Y OTROS. *Toda providencia en que se haya incurrido en error puramente aritmético puede ser corregida por el juez que la dictó en cualquier tiempo, de oficio o a solicitud de parte, mediante auto.*

Si la corrección se hiciera luego de terminado el proceso, el auto se notificará por aviso.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplica a los casos de error por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén contenidas en la parte resolutive o influyan en ella.

ARTÍCULO 287. ADICIÓN. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.*

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

Los autos solo podrán adicionarse de oficio dentro del término de su ejecutoria, o a solicitud de parte presentada en el mismo término.

Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

(Negrilla del Tribunal)

Como se observa, la aclaración y adición de sentencias procede de oficio o a solicitud de parte dentro del término de ejecutoria de dicha providencia, en tanto que la corrección de errores aritméticos procede, también de oficio o a solicitud de parte, en cualquier tiempo.

Examen del caso concreto

En el caso concreto la sentencia n°145 del 1° de septiembre de 2023, se notificó en el estado n°154 del día 05 del mismo mes y año (página 61, archivo 78, C.1). Así mismo, de acuerdo con el archivo 79 del expediente digital, la providencia se notificó el **6 de septiembre de 2023** a los siguientes correos electrónicos:

*Para: caldas@defensoria.gov.co; procesosnacionales@defensajuridica.gov.co;
procjudadm29@procuraduria.gov.co; contacto@manizales.gov.co;
notificaciones@manizales.gov.co; notificacionesjudiciales@caldas.gov.co;
arangomejiaconsultoreslegales@gmail.com;
notificacionesjuridicas@corpocaldas.gov.co; corpocaldas@corpocaldas.gov.co;
Javi Paisa; participacionambientalista@gmail.com;
veeduriaciudadana4020@gmail.com*

Según las constancias que obran en el archivo mencionado, se completó la entrega a estos destinatarios²:

veeduriaciudadana4020@gmail.com
participacionambientalista@gmail.com

Lo analizado hasta este punto permite inferir a esta Corporación, que el término de ejecutoria de la sentencia de primera instancia emitida en el presente asunto, corrió desde el 11 de septiembre de 2023 hasta el 13 del mismo mes y año, en tanto los días 7 y 8 de septiembre transcurrió el periodo de tiempo dispuesto en el numeral 2 del artículo 205 del CPACA.

De este modo, el término de 3 días para radicar el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia corrió entre el 11 y el 13 de septiembre de 2023 (días hábiles 11, 12 y 13 de septiembre).

Lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 472 de 1998 y el numeral 1 del artículo 322 del Código General del Proceso que regulan el recurso de apelación contra sentencias en la acción popular.

No obstante lo anterior, en el caso concreto la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas informó que la sentencia del 1° de septiembre de 2023 únicamente fue apelada por el Departamento de Caldas.

En esta línea de argumentación, la Sala advierte que la solicitud de aclaración y adición de la sentencia proferida por este Tribunal en el presente asunto, fue radicada por la parte demandante desde el correo participacionambientalista@gmail.com el día 12 de octubre de 2023 (archivo

² Página 16 y 17, archivo 79.

86, C.1), motivo por el cual, se infiere por el Tribunal que la misma fue presentada de manera extemporánea en tanto se encontraba vencido el termino de tres días siguientes a la notificación de dicha providencia.

Por lo analizado, se rechazará por extemporánea la petición de adición y aclaración de la sentencia de primera instancia emitida el 1° de septiembre de 2023 por esta Corporación.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE

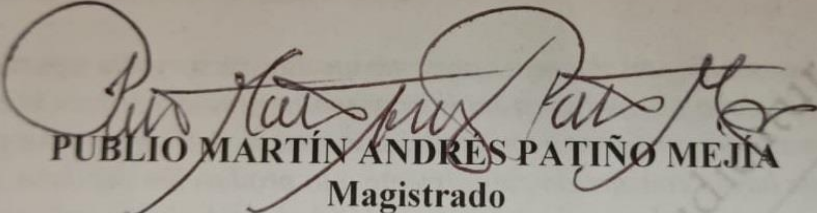
Primero. RECHÁZASE por extemporánea la solicitud de adición y aclaración propuesta por el señor Javier Elías Arias Idárraga en el presente asunto, en relación con la sentencia de primera instancia emitida el 1° de septiembre de 2023 por esta Corporación.

Segundo. Ejecutoriada la presente providencia, CÚMPLASE lo dispuesto en el auto del 5 de octubre de 2023 que concedió en el efecto devolutivo el recurso de apelación radicado por el Departamento de Caldas contra la sentencia de primera instancia proferida en este asunto.

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. 187

FECHA: 23/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17001-33-33-001-2020-00066-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	GLORIA PATRICIA ARANGO CALDERÓN
DEMANDADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la demandada contra el fallo que accedió parcialmente a las pretensiones, proferido por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de septiembre de 2022, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo 0646/19 UJ-SED por medio del cual se negó el reconocimiento del tiempo de servicio que laboró la demandante para efectos de pensión de jubilación.
2. Que se declare que entre la actora y la entidad demandada existió una relación laboral durante el tiempo que duró contratada por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y/o contrato de prestación de servicios.
3. Como consecuencia de la declaración se ordene reconocer a la demandante los tiempos de servicio para efectos de pensión de jubilación desde el mismo momento de su vinculación con este ente territorial hasta la fecha de la suscripción del último contrato, por haber laborado con esta entidad territorial, bajo continua dependencia y subordinación como docente oficial.

A título de restablecimiento:

1. Que se ordene el envío de las cotizaciones para efectos pensionales al Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio por los periodos

reconocidos en los numerales primero y segundo.

2. Que se ordene a la entidad territorial que sobre los aportes pensionales aplique los reajustes de la ley para cada año como lo ordena la Constitución Política de Colombia.

3. Que se ordene a la entidad territorial dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del CPACA.

4. Que se expida el certificado de historia laboral y/o tiempo de servicios, a nombre de la señora Gómez Valencia, relacionando los tiempos laborados que son objeto de reclamación.

HECHOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

- La señora Gloria Patricia Arango Calderón laboró como docente por órdenes de prestación de servicios y/o contrato de prestación de servicios según autorizaciones nros. 210 del 14 de abril de 1998; 814 del 29 de mayo de 2000; 190 del 29 de enero de 2001; 298 del 4 de febrero de 2002; y 318 del 27 de enero de 2003.
- Denunció que el tiempo laborado con dicho ente territorial no se le reconoció para efectos pensionales, lo cual considera va en contravía de los artículos 12, 13 y 53 de la Constitución Política.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Citó la Ley 80 de 1993 para resaltar que esta exige para la celebración del contrato de prestación de servicios que la actividad a realizar sea imposible de prestar con personal de planta, además de requerir conocimientos especializados, sin que existe diferencia entre los servicios prestados por la actora y los docentes de planta, lo que deja entrever el deseo por parte de la entidad de evadir la responsabilidad que le acarrea la celebración de un verdadero contrato laboral.

Mencionó el principio de primacía de realidad ante las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales contenido en el artículo 53 de la Constitución Política, mencionando que la demandante nunca prestó un servicio de manera independiente ya que debía cumplir un horario de trabajo, rendía informes, y no podía escoger el lugar de

prestación del servicio, lo que demuestra que realmente laboró bajo un contrato de trabajo que le da derecho a reclamar que ese tiempo de servicios se le contabilice para efectos pensionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Departamento de Caldas: la entidad demandada se pronunció frente a los hechos indicando de algunos que eran ciertos; de otros que no lo eran; y de los demás que no eran hechos.

Respecto a las pretensiones se opuso a la prosperidad de cada una de ellas, aseverando que la razón fundamental que originó la contratación por prestación de servicios fue la falta de planta de personal que supliera las vacantes mientras se adelantaban los respectivos concursos de acuerdo a la ley.

Añadió que la parte demandante no demostró que en la ejecución de los mencionados contratos se cumplieran con los requisitos esenciales que debe contener la relación laboral como lo regula el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Propuso como excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** la demanda pretende se paguen a la actora en calidad de contratista las prestaciones sociales en la época de vigencia de los contratos, lo cual escapa a todas luces de la competencia del departamento de Caldas, de conformidad con el artículo 2 del Acto Legislativo nro. 01 de 2001 y el artículo 15 de la Ley 715 de 2001.

- **No cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral:** precisó que la parte actora no demostró que el contrato ejecutado esté revestido con las características o que en ellos concurren los 3 elementos esenciales que debe tener toda relación laboral; prestación personal, subordinación y remuneración.

- **Prescripción:** pidió, en caso de acceder a pretensiones, se aplique la prescripción trienal, de conformidad con el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2022, corregida con providencia del 4 de noviembre del año anterior, accedió a pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si la demandante tenía derecho a que se reconociera la existencia de una relación laboral con

el departamento de Caldas durante el tiempo planteado en la demanda; y si era procedente el reconocimiento de los tiempos de servicios para efectos pensionales.

En primer momento analizó la prestación del servicio docente a través de contratos de prestación de servicios, tema frente al cual concluyó que la labor docente no era independiente, sino que esta se prestaba en forma personal y de manera subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Con apoyo en jurisprudencia del Consejo de Estado, explicó que en el caso particular de los docentes que fueran contratados por órdenes de prestación de servicios recaía una presunción respecto del vínculo de subordinación cuando se pretendía acreditar la existencia de un contrato realidad, trasladándose de esta manera la carga de la prueba a la entidad demandada de desvirtuar la presunción, dado que por razones de la actividad que ejercen los educadores, y de acuerdo a lo dispuesto en la jurisprudencia, estos se encontraban supeditados al reglamento propio del servicio público de la educación, por lo que la dependencia en estos casos se presumía como quiera que su labor obedecía al cumplimiento de los lineamientos legales del sistema educativo.

En cuanto a la prescripción de los aportes pensionales en materia de contrato realidad citó sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 para aseverar que tratándose de la reclamación de cotizaciones pensionales en materia de contrato realidad no operaba el fenómeno de la prescripción, tal como lo había planteado la jurisprudencia contenciosa administrativa a través de su máximo tribunal.

Al descender al caso concreto, con fundamento en el material probatorio y la jurisprudencia citada, consideró que la demandante prestó el servicio docente en virtud de órdenes de prestación de servicios a cargo del Departamento de Caldas; actividad que implicaba una labor continúa sujeta a órdenes por parte de los diferentes estamentos educativos que, ineludiblemente, conllevaron a la materialización de una relación laboral y no prestacional, ya que no es posible ejercer la labor docente si no es bajo esas circunstancias específicas.

En consecuencia, como el objeto de las pretensiones que se reclamaban buscaban el reconocimiento de las cotizaciones pensionales generadas durante el servicio docente, y al no existir prescripción de las mismas, como lo dijo el Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada, accedió a las súplicas de la demanda.

Por lo anterior, ordenó al departamento de Caldas efectuar las cotizaciones al sistema de

seguridad social en pensión por el periodo de tiempo laborado que había sido objeto de prueba y que se referenció en el fallo, según la certificación expedida por el ente territorial.

En consecuencia, se plasmó en la parte resolutive del fallo:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de i) falta de legitimación en la causa por pasiva ii) no cumplimiento de los requisitos esenciales que regulan un contrato laboral y iii) Prescripción, propuestas por el Departamento de Caldas.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del Oficio 0646/19 UJ- SED del 11 de septiembre de 2019, por lo expuesto.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN a efectuar las cotizaciones en pensión de la señora Gloria Patricia Arango Calderón en virtud de una existencia de una relación laboral con el Departamento de Caldas por el periodo laborado como docente comprendido desde el 14 de abril al 14 de junio de 1998, desde el 29 de mayo a junio 25 de 2000, desde el 17 de julio a julio 31, desde el 01 de agosto al 31 de agosto de 2000, desde septiembre 1 a octubre 31 del 2000, desde el 01 de noviembre a diciembre 24 del 2000

Desde febrero 7 a febrero 28 del 2001, desde marzo 1 a abril 8 del 2001, desde el 16 al 30 de abril del 2001, desde el 1 al 31 de mayo de 2001, desde el 01 al 17 de junio del 2001, desde el 16 al 31 de julio de 2001, desde el 01 al 30 de septiembre de 2001, desde el 01 al 31 de octubre de 2001 y desde noviembre 1 a diciembre 9 de 2001.

Desde febrero 4 a marzo 24 de 2002, desde el 1 al 30 de abril de 2002, desde el 1 al 31 de mayo de 2002, desde el 01 al 30 de junio de 2002, desde el 22 de julio a agosto 31 de 2002, desde el 1 al 31 de octubre de 2002, desde el 01 al 30 de noviembre de 2002 y desde el 01 al 08 de diciembre de 2002.

Desde enero 27 a 31 de marzo de 2003, desde el 1 al 13 de abril de 2003 y desde el 21 al 30 de abril de 2003, desde el 01 al 31 de mayo de 2003, desde el 01 al 22 de junio de 2003, desde el 14 al 31 de julio de 2003, desde el 01 al 31 de agosto de 2003, desde el 01 de octubre al 31 de octubre de 2003, desde el 01 de noviembre al 30 de noviembre de 2003 y del 01 de diciembre al 30 de diciembre de 2003, de conformidad con los motivos expuestos.

CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$198.961,08 correspondiente al 6 % de las pretensiones de la demanda.

(...)

El ordinal cuarto fue corregido mediante providencia del 4 de noviembre de 2022, quedando de la siguiente manera:

"(...) CUARTO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el CGP arts. 365 y 366.

Por agencias en derecho se fija la suma de \$198.961,08 correspondiente al 6 % de las pretensiones de la demanda. (...)"

RECURSO DE APELACIÓN

El departamento de Caldas presentó recurso de apelación según memorial visible en el archivo #79 del expediente digital de primera instancia.

Precisó que en el sector educativo puede hacerse uso del contrato de prestación de servicios de acuerdo con la normativa aplicable, y por ello en este caso se acudió a esta forma de vinculación por necesidades del servicio y por el tiempo necesario para contrarrestar la anormalidad.

En cuanto al tema de la subordinación citó jurisprudencia del Consejo de Estado, y destacó que el contrato de prestación de servicios se convierte en relación laboral cuando se puede concluir, *prima facie*, que surgió un contrato realidad, no solo por las condiciones o características de cómo se ejecutó el contrato, sino por la mala fe de la entidad al querer hacerle el quite a sus obligaciones laborales y prestacionales con sus trabajadores, lo cual no ocurrió en este caso ya que a la demandante se le cancelaron los emolumentos correspondientes al contrato, sin que pueda entenderse que ese pago genera o establece el elemento de subordinación; máxime porque no se probó, ni por asomo, este elemento determinante.

Solicitó que se revoque la sentencia, y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico

¿Se acreditaron los elementos de una relación laboral entre Gloria Patricia Arango Calderón y el departamento de Caldas en los períodos en los cuales laboró como docente por orden de prestación de servicios, y por ende debe el departamento reconocer y pagar al fondo de pensiones respectivo los aportes que como patrono le correspondían?

Marco normativo y jurisprudencial¹

La primacía de la realidad sobre las formalidades

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

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

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

La finalidad de este articulado es la de exigir al legislador la consagración uniforme en los

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 16 de agosto de 2018, Radicación número: 19001-23-31-000-2006-01070-01(1007-12)

distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley.

Desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)², expresamente consagró en su Preámbulo el *“reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor”* premisa que se fundamentó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT³ al señalar que: *“todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”*.

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

Elementos propios de la relación laboral

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

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 09 de septiembre de 2021⁴ retomando los desarrollos jurisprudenciales previos sobre estos elementos, los condesó bajo los siguientes parámetros:

Sobre el elemento de la prestación personal del servicio, señaló que el mismo puede ser

² Aprobada en 1919

³ Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda.

identificado, en tanto *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este⁵; 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 personas⁶.”*

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

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

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

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

⁵ **Cita de cita:** Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

⁶ **Cita de cita:** Al respecto, véase entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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.” (Subrayado y negrillas de este Tribunal).

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

Ahora bien, para el caso de las funciones docentes, el Consejo de Estado ha avalado que esta particular tarea que otrora fuere desempeñada por docentes contratados a través de ordenes o autorizaciones de prestación de servicios, debe ser analizada desde una óptica más laxa, pues el ejercicio de la labor docente en institución de educación pública conllevan intrínsecamente elementos de subordinación y dependencia tales como el sometimiento a los horarios de funcionamiento de la institución pública, el acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente y necesariamente el ceñimiento a los criterios de instrucción desarrollados por las entidades reguladoras del servicio educativo.⁷

LO PROBADO

⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

- El 30 de agosto de 2019 la señora Gloria Patricia Arango Calderón presentó petición ante el departamento de Caldas para que fuera reconociera la existencia de una relación laboral durante el tiempo que duró contratada por el sistema OPS del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y en consecuencia le fueran reconocidos, liquidados y pagados los salarios y prestaciones sociales para el grado de escalafón ostentado durante dicha vinculación.
- El Departamento de Caldas, mediante oficio 0646/19 UJ SED del 11 de septiembre de 2019, atendió la petición antes referida, y al respecto manifestó que para el reconocimiento de los tiempos laborados y las prestaciones sociales era necesaria una sentencia judicial que así lo declarara, ya que el juez se debía pronunciar sobre los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, y la demandante debía acreditar las cotizaciones, o en su defecto tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.
- Reposan las siguientes autorizaciones de prestación de servicios allegadas con la demanda:

AUTORIZACIÓN	INSTITUCIÓN
210 del 14 de abril de 1998	Escuela Santa Juana de Arco de Chinchiná
814 del 29 de mayo de 2000	Escuela Juan XXIII de Chinchiná
190 del 29 de enero de 2001	Escuela Juan XXIII de Chinchiná
298 del 4 de febrero de 2002	Escuela Juan XXIII de Chinchiná
318 del 27 de enero de 2003	Escuela Juan XXIII de Chinchiná

- Reposan certificación expedida por el departamento de Caldas en la cual se deja constancia de los siguientes tiempos de servicios de acuerdo a las autorizaciones reseñadas, los cuales fueron tenidos en cuenta por el *A quo*:

AUTORIZACIÓN	TIEMPO DE SERVICIOS
210 del 14 de abril de 1998	14 de abril al 14 de junio de 1998
814 del 29 de mayo de 2000	29 de mayo al 25 de junio de 2000 17 de julio al 31 de julio de 2000 1 de agosto al 31 de agosto de 2000 1 de septiembre al 31 de octubre de 2000 1 de noviembre al 24 de diciembre de 2000
190 del 29 de enero de 2001	7 de febrero al 28 de febrero de 2001 1 de marzo al 8 de abril de 2001 16 de abril al 30 de abril de 2001

	1 de mayo al 31 de mayo de 2001 1 de junio al 17 de junio de 2001 16 de julio al 31 de julio de 2001 1 de septiembre al 30 de septiembre de 2001 1 de octubre al 31 de octubre de 2001 1 de noviembre al 9 de diciembre de 2001
298 del 4 de febrero de 2002	4 de febrero al 24 de marzo de 2002 1 de abril al 30 de abril de 2002 1 de mayo al 31 de mayo de 2002 1 de junio al 30 de junio de 2002 22 de julio al 31 de agosto de 2002 1 de octubre al 31 de octubre de 2002 1 de noviembre al 30 de noviembre de 2002 1 de diciembre al 8 de diciembre de 2002
318 del 27 de enero de 2003	27 de enero al 31 de marzo de 2003 1 de abril al 13 de abril de 2003 21 de abril al 30 de abril de 2003 1 de mayo al 31 de mayo de 2003 1 de junio al 22 de junio de 2003 14 de julio al 31 de julio de 2003 1 de agosto al 31 de agosto de 2003 1 de octubre al 31 de octubre de 2003 1 de noviembre al 30 de noviembre de 2003 1 de diciembre al 30 de diciembre de 2003

De acuerdo a lo anterior, se encuentra acreditado que la actora desempeñó labores como docente en el municipio de Chinchiná, y en el desarrollo de esos servicios se demostraron los elementos de una relación laboral de prestación personal del servicio y remuneración porque la labor se prestó de manera personal; y, por otro lado, que hubo un pago por dicho servicio, con lo que se entiende que esta es la remuneración pactada por el trabajo prestado, independientemente de la denominación que se le dé y, aunque no se aportó prueba de los recibos o consignaciones de pago, la entidad demandada no discutió los mismos, ni se opuso a ello, razón por la cual ha de entenderse que sí los efectuó, máxime porque en la certificación expedida por el departamento de Caldas sobre los tiempos reconocidos se hace mención a unas sumas de dinero pagadas por concepto de honorarios.

En cuanto a la subordinación, el Consejo de Estado en la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016⁸, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, señaló:

En lo que se refiere a la vinculación de docentes a través de contratos de prestación de servicios, sea lo primero advertir que el artículo 2 del Decreto ley 2277 de 1979 define como docente a quien ejerce la

⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 25 de agosto de 2016, radicado 3001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

profesión de educador, ...

La mencionada definición de la labor docente fue reafirmada por el artículo 104 de la Ley 115 de 1994 (ley general de educación)...Este criterio coincide con la línea jurisprudencial consolidada de las subsecciones de esta Sala, en el sentido de que la labor del docente contratista no es independiente, sino que el servicio se presta de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público de la educación.

Igualmente, es menester anotar que la actividad docente no se desarrolla en virtud de la coordinación imperante en los contratos de prestación de servicios, comoquiera que se cumple conforme a las instrucciones, directrices y orientaciones de sus superiores en el centro escolar, la secretaría de educación territorial y el Ministerio de Educación Nacional, es decir, no bajo su propia dirección y gobierno, de lo cual se infiere que la subordinación y la dependencia se encuentran inmersas en dicha labor, esto es, connaturales al ejercicio docente sujeto a los reglamentos propios del magisterio.

A manera de conclusión y de acuerdo con los derroteros trazados por ambas subsecciones, dirá la Sala 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 trabajan, 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.

*En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, se observa que la actora pese a vincularse como docente mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad docente necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues por el contrario debió cumplir el horario y los parámetros fijados por los reglamentos del servicio público de educación, por lo que se generó dependencia y subordinación con la entidad territorial para la cual trabajaba.*

*Por lo tanto, las actividades desarrolladas por la demandante revisten las características propias de **un empleo de carácter permanente...***

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de "la primacía de la realidad sobre formalidades", pues es indudable que la demandante se encontraba en las mismas condiciones de los docentes nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeta a

subordinación y dependencia (Resaltado fuera del texto).

Por lo tanto, es claro que el ejercicio de la labor docente oficial tiene una naturaleza dependiente y subordinada al hallarse sometida a los horarios de funcionamiento de la institución pública, al acatamiento de la directrices del cuerpo directivo docente de cada institución educativa en que prestó sus servicios y ser desempeñadas en estricto ceñimiento a los criterios de instrucción impartidos por las diferentes autoridades educativas que ejercen inspección y vigilancia sobre este servicio público.

Sobre la prueba de la subordinación en el desempeño de labores docentes, el Consejo de Estado⁹ en sentencia del 24 de febrero de 2022, al analizar un asunto similar, precisó:

En el caso concreto, para el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2009 y el 29 de octubre de 2009, si bien la Sala tiene presente los lineamientos de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016, respecto de lo implícito del elemento subordinación en la actividad docente, también debe señalar que dentro del expediente no obran elementos probatorios suficientes para establecer la configuración de los demás elementos de laboralidad, puesto que la parte actora únicamente aportó, para acreditar la prestación personal del servicio y la remuneración en dicho periodo, la resoluciones de pago por servicios (hechos probados vii y viii) que expidió la Secretaría de Educación del Atlántico por el periodo comprendido entre el 30 de octubre de 2009 y el 30 de junio de 2010; es decir, pagos o remuneraciones que claramente no abarcan el lapso del 20 de junio de 2009 al 29 de octubre de 2009. (Se resalta)

Según el precedente jurisprudencial expuesto, al encontrarse acreditado que la actora desempeñó labores como docente en una institución educativa del departamento de Caldas, en determinados periodos y la remuneración devengada por sus servicios, se infiere la existencia de la subordinación.

Dados los elementos de la relación laboral, efectivamente la actora tiene derecho a que ese tiempo se le compute para efectos pensionales y a que el departamento de Caldas haga los aportes respectivos por esos períodos al fondo pensional correspondiente, tal como se declaró en la sentencia de primera instancia.

Costas

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda – Subsección A C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 24 de febrero de 2022., Rad.: 080012333000201390041-01 (4881-2014)

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.

En mérito de lo expuesto, 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: CONFIRMAR la sentencia del 30 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **GLORIA PATRICIA ARANGO CALDERÓN** contra el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN CONDENAS 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".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 19 de octubre de 2023, conforme acta nro. 065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:191

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-001-2022-00384-02
Demandante: Gloria Elena Zuluaga Uribe
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Manizales

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de octubre de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria Elena Zuluaga Uribe contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Municipio de Manizales.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de noviembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acto Administrativo ficto configurado el 6 de noviembre de 2021, expedido por el Municipio de Manizales, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Municipio de Manizales, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los

intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

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

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de

los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 06 de agosto de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 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”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

Municipio de Manizales:

Indicó que el legislador estableció un régimen especial para los docentes estatales en lo concerniente a la liquidación, reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, creando para tal efecto un Patrimonio Autónomo adscrito a la Nación denominado FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG-, cuya administración y representación legal se encuentra en cabeza de FIDUPREVISORA en virtud del contrato de fiducia mercantil suscrito con el Ministerio de Educación Nacional.

Explicó que el régimen especial de los docentes estatales afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG les

impide afiliarse a otro fondo administrador de cesantías como el FONDO NACIONAL DEL AHORRO O UNO DE CARÁCTER PRIVADO, y no le impone la carga jurídica a las entidades territoriales de efectuar los aportes de cesantías e intereses a las cesantías a cada docente adscrito a su planta de personal conforme a lo dispuesto por la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, pues dada la naturaleza jurídica de dicho patrimonio autónomo y de acuerdo con el procedimiento establecido por su Consejo Directivo mediante ACUERDO 39 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1998, la única tarea que cumplen las entidades territoriales en el trámite de reconocimiento y pago de intereses a las cesantías es la de remitir al FOMAG las liquidaciones anuales de cesantías en firme del grupo de docentes, discriminándolos de acuerdo al tipo de vinculación que tenían antes de la certificación de la entidad territorial, es decir, financiado, cofinanciado, nacional, recursos propios, establecimiento público. Dichos reportes de liquidaciones anuales de cesantías deberán ser remitidas en medio magnético e impreso en los formatos diseñados por el Ministerio de Educación Nacional, en los primeros 20 días del mes de enero de cada año.

Propuso las excepciones de fondo que denominó, *“Inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”, “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Cobro de lo no debido”, “Errónea interpretación de la Ley 50 para las pretensiones del accionante” “Cumplimiento de las directrices otorgadas por el Fomag a la Secretaría de Educación- Municipio de Manizales para el proceso demandado”, “Prescripción” y “Excepción Genérica”*.

LA SENTENCIA APELADA

El quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 16, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003

que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 18, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe

una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó 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.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las

cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 11 de agosto de 2023, y allegado el 29 de agosto del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de octubre de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en

cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. 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. (Negrilla de la Sala).

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*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

³ 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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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.

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

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...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

reporte la información con posterioridad a esta fecha la entidad fiduciaria, programará pagos posteriores, de lo cual informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “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”.

⁶ 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)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ 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).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ 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)

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 el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye 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 estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, 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

¹¹ 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)

- 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

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 1989¹²".

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.099.775,00; e intereses a las cesantías por valor de \$360.221, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Acto Administrativo ficto configurado el 6 de noviembre de 2021, emitido por el Municipio de Manizales es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 16, archivo 04, C.1, exp. digital.

3.- Examen del caso concreto

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, 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 la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

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

la Ley 50 de 1990, dispuso que “El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”.

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

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

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del quince (15) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria Elena Zuluaga Uribe contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

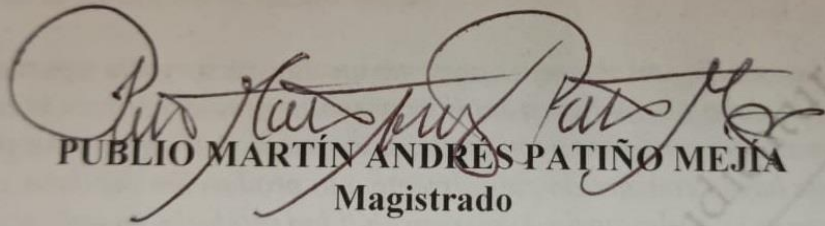
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 187
FECHA: 23/10/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:188

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-001-2022-00396-02
Demandante: Natali Bermúdez Buitrago
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de octubre de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Natali Bermúdez Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 6 de diciembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acto Administrativo ficto configurado el 28 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

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

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 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”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“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 extemporáneamente”, “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” y “excepción genérica”.*

Departamento de Caldas:

Indicó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La

Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Explicó que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, propuso las excepciones de *“Buena fe”* e *“Inexistencia de la obligación”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 18, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990

busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó 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.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta oportunidad procesal se pronunció el Ministerio de Educación Nacional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 14 de agosto de 2023, y allegado el 29 de agosto del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 19 de octubre de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. 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. (Negrilla de la Sala).

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”*.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional

³ 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 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.

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

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...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual.

⁴ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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.**

⁵ “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”.

⁶ 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)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ 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).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ 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)

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 el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye 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 estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, 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

¹¹ 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)

*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 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.443.674,00; e intereses a las cesantías por valor de \$767.795, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Acto Administrativo ficto configurado el 28 de octubre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías,

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 17, archivo 04, C.1, exp. digital.

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, 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 la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se

realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- 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 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada 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, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la parte actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo número PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL

ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Natali Bermúdez Buitrago contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. CONDÉNASE 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 agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

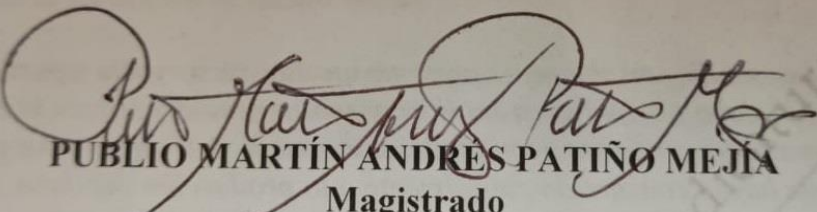
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

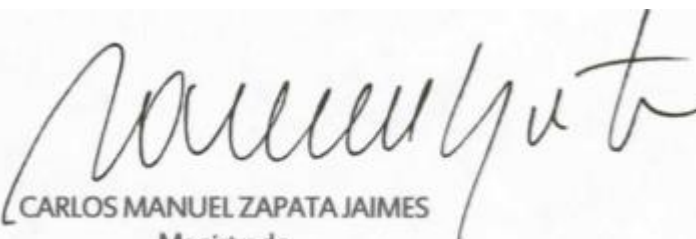
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 187

FECHA: 23/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:189

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-001-2022-00397-02
Demandante: Luz Adiels Cortés Ochoa
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de octubre de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Adiels Cortés Ochoa contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 7 de diciembre de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Acto Administrativo ficto configurado el 5 de noviembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los

intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

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

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de

los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 05 de agosto de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 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”* expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad”, “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”, “procedencia de la condena en costas en contra del demandante” y “excepción genérica”.*

Departamento de Caldas:

Indicó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Explicó que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del

cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* con fundamento en que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria La Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación. Igualmente, propuso las excepciones de *“Buena fe”* e *“Inexistencia de la obligación”*.

LA SENTENCIA APELADA

El veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 17, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 19, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó 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.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso

administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar

acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 14 de agosto de 2023, y allegado el 29 de agosto del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 19 de octubre de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. 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. (Negrilla de la Sala).

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*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

³ 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

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.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a

atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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...".

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “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”.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

⁶ 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)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ 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).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ 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)

el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye 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 estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, 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*

¹¹ 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)

*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 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.100.609,00; e intereses a las cesantías por valor de \$520.435, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Acto Administrativo ficto configurado el 5 de noviembre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 16, archivo 04, C.1, exp. digital.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, 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 la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos

puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

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

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

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

FALLA

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luz Adiel Cortés Ochoa contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

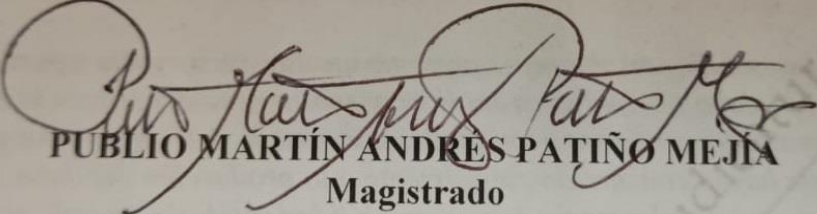
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLICIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 187

FECHA: 23/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-33-002-2021-00064-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	LIMBANIA HERRERA OSORIO
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 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el día 26 de mayo de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad parcial del acto administrativo ficto configurado el 16 de enero de 2021, por no dar respuesta a petición presentada el 16 de octubre de 2020, que solicitaba el derecho a la cancelación de la pensión de jubilación 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 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 pensionado, es decir, a partir del 19 de diciembre de 2019.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión de jubilación, equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico, es decir, del 19 de diciembre de 2019.
2. Que se ordene a 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 26 de abril de 1964, por lo que en la actualidad tiene más de 55 años.
- La accionante fue vinculada como docente por órdenes de prestación de servicios en la secretaría de Educación departamental entre el 1 al 30 de abril de 1997; del 2 al 30 de mayo de 1997; del 3 al 9 de junio de 1997; y del 3 al 23 de septiembre de 1997.
- Con autorizaciones de servicios estuvo vinculada del 28 de agosto al 19 de noviembre de 1998; del 20 de mayo al 30 de diciembre de 1999; del 4 de octubre al 30 de diciembre

de 2000; del 29 de enero al 30 de diciembre de 2001; 4 de febrero al 30 de diciembre de 2002; y del 27 de enero al 30 de diciembre de 2003.

- La demandante fue vinculada a la docencia oficial el 27 de febrero de 2004, y hasta la fecha se desempeña como docente oficial.
- Al completar los 55 años y los 20 años de servicios solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación a partir del 19 de diciembre de 2019, fecha de adquisición del estatus, la cual fue negada a través del acto administrativo ficto 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 por mandato de la Ley 91 de 1989, 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 el demandante se encuentra vinculado 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 al año 2003, como es el caso del accionante, así el mismo no fuera 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.

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: comenzó por pronunciarse sobre los hechos para afirmar de su gran mayoría que eran ciertos; de otros que no le constaban; y de otros que no eran verdaderos.

Como razones de defensa expuso que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen del que habían venido gozando en cada entidad territorial, de conformidad con las normas vigentes; y los nacionales y los que se vincularan a partir del 1 de enero de 1990, se regularían por las disposiciones vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidieran en el futuro, con las excepciones consagradas en dicha ley.

Destacó que no es posible reconocer estatus de empleada pública a la demandante antes del 27 de febrero de 2004, fecha en la cual ingresó al servicio docente oficial en calidad empleado público adscrito a la secretaría de Educación del departamento de Caldas.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** la entidad no ha actuado con el fin de atentar contra los derechos laborales de la demandante, por el contrario, los mismos se encuentran debidamente satisfechos. Y tampoco se han violado las disposiciones incoadas por la parte actora, no puede alegarse error o inaplicación de la ley, por lo que no resulta viable el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación bajo el régimen de Ley 33 de 1985.
- **Inaplicabilidad del régimen de la Ley 33 de 1985 a la demandante:** hizo hincapié en el hecho que no es posible aplicar a la demandante las disposiciones previstas en la Ley 33 de 1985, dado que al momento de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 no contaba con la calidad de docente afiliada al Fondo de Prestaciones del Magisterio, ni mucho menos la calidad de empleada pública, criterios indispensables para la prosperidad de las pretensiones.
- **Genérica**

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 26 de mayo de 2023 accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico principal determinar si se debía declarar o no la nulidad del acto administrativo ficto mediante el cual se negó el reconocimiento de la pensión de jubilación de la demandante. Para ello, sostuvo que debía revisarse si el periodo en el cual la demandante se desempeñó como

docente a través de contratos de prestación de servicios podría considerarse desarrollado en virtud de una relación laboral de tal manera que permitiera su cómputo para efectos pensionales; cuál era el régimen pensional aplicable; de acuerdo al régimen pensional, si reunía los requisitos para efectos del reconocimiento de la pensión; si debía retirarse del servicio para gozar de la pensión; y si había prescripción de mesadas.

Comenzó por relacionar el material probatorio; y seguidamente analizó la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, el régimen pensional de los docentes oficiales y el retiro del servicio de los educadores para el goce del derecho pensional, para concluir que los tiempos de servicios laborados mediante órdenes de prestación de servicios debían computarse para efectos de reconocimiento pensional.

Aseveró que en el caso de la accionante para el momento de entrar en vigencia la Ley 812 de 2003 ya se había vinculado al servicio oficial docente, por lo que procedía la aplicación del inciso primero del artículo 81 *ibídem*, esto es, que el régimen prestacional al que pertenecía correspondía a la Ley 91 de 1989, que a su vez remitía a las normas pertinentes para los pensionados del sector público nacional que podría ser la Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988, según la situación fáctica concreta, pues ambas se encontraban vigentes al momento de la expedición de la Ley 91 de 1989, pero en este caso era la primera a la que debía acudir por cuanto no se acreditaron tiempos cotizados al ISS.

De tal modo, concluyó que la demandante cumplía con los requisitos previstos en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 para que le fuera reconocida la pensión, ya que había cumplido la edad el 26 de abril de 2019, y los 20 años de servicios el 6 de enero de 2020, sin que tuviera que retirarse del servicio para gozar de la prestación periódica.

Dispuso el reconocimiento de una pensión jubilación equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, previo a la adquisición del estatus de pensionada, la cual debía calcularse ateniendo lo establecido en la Ley 62 de 1985, con la inclusión únicamente de los factores allí enunciados, siempre y cuando hubieran sido devengados.

Adicional a lo anterior, ordenó que la prestación fuera reconocida por la Nación – Ministerio de Educación -Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, en tanto la actora efectuaba sus aportes a dicho patrimonio autónomo. Y que la demandada debía efectuar el procedimiento administrativo correspondiente para el cobro al departamento de Caldas

de las sumas faltantes por concepto de cotizaciones a pensión pendientes de pago; y así mismo debía realizar las compensaciones necesarias para cubrir el porcentaje de los aportes dejados de pagar por la docente al sistema de seguridad social.

En relación con la prescripción explicó que no se configuró porque entre el nacimiento del derecho, esto es, 6 de enero de 2020 -fecha del estatus pensional- y la fecha de la presentación de la petición -16 de octubre de 2020 - no transcurrieron más de tres años.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO"; "INAPLICABILIDAD DEL RÉGIMEN DE LEY 33 DE 1985 AL DEMANDANTE" propuestas por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD del Acto Administrativo Ficto configurado el día 16 de enero de 2021 frente a la petición presentada el día 16 de octubre de 2020 por la demandante.

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de la sra LIMBANIA HERRERA OSORIO, una pensión de jubilación en el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio, previo a la adquisición del estatus de pensionada, con la inclusión únicamente de los factores salariales enunciados en la Ley 62 de 1985, siempre y cuando hayan sido devengados por la actora. El disfrute de la prestación vitalicia otorgada no estará sujeto al retiro definitivo del servicio de la demandante y se hará efectivo desde el 16 de enero de 2020, fecha del cumplimiento del estatus jurídico pensional.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del Ley 1437 de 2011 debidamente indexadas, conforme al artículo 187 ibídem, es decir, actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La accionada liquidará los reajustes y los descuentos de ley y demás operaciones, o

compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto.

CUARTO: La entidad demandada efectuará el procedimiento administrativo correspondiente para el cobro al Departamento de Caldas de las sumas faltantes por concepto de cotizaciones a pensión pendientes de pago correspondientes a la señora LIMBANIA HERRERA OSORIO, así mismo, deberá realizar las compensaciones necesarias para cubrir el porcentaje de los aportes dejados de pagar por la docente al sistema de seguridad social.

QUINTO: La entidad condenada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

SEXTO: SE CONDENA EN COSTAS a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a favor de LIMBANIA HERRERA OSORIO; SE FIJA por concepto de agencias en derecho el 4% de las pretensiones solicitadas, esto es \$1.481.827.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible en el archivo #25 del expediente digital de primera instancia.

Precisó que, para el caso de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció que aquellos docentes vinculados o afiliados a partir de la entrada en vigencia de la norma en mención, 27 de junio de 2003, gozarían del régimen establecido en el Sistema General de Pensiones, mientras que los vinculados con antelación a dicha normatividad, el régimen aplicable es el consagrado en la Ley 91 de 1989, normatividad que a su vez permitió la aplicación de las Leyes 33 de 1985, 62 de 1985 y Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, puesto que fueron excluidos de la aplicación del sistema general de pensiones.

Señaló que en el presente caso, la parte demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación de que trata la Ley 33 de 1985 porque su vinculación o afiliación al Fondo surgió con posterioridad al 27 de junio del año 2003, es decir, durante la vigencia de la Ley 812 del año 2003, por lo que no le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas objeto del presente litigio, pensión de jubilación bajo la Ley 91 de 1989, sino con fundamento en la Ley 100 de 1993.

Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, ya que el acto acusado no se encuentra viciado por causal alguna de nulidad y el mismo fue proferido conforme a la ley y al contexto factico propio del docente.

Así mismo, pidió no se condene en costas y agencias en derecho teniendo en cuenta que la entidad ha obrado de buena fe, y que no se comprobó por parte del accionante que estas se hubieran causado, como tampoco fueron probadas tal como lo establece el numeral 9 del artículo 365 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron 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 Limbania Herrera Osorio?
2. ¿Tiene derecho la señora Limbania Herrera Osorio a que se le reconozca una pensión de jubilación?
3. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, la señora Limbania Herrera Osorio nació el 26 de abril de 1964.
- Según certificado expedido por la rectora del Colegio Liceo de Occidente del municipio de La Celia – Risaralda, la demandante laboró en ese plantel educativo por orden de

prestación de servicios con la secretaría de Educación departamental del 1 al 30 de abril de 1997; del 2 al 30 de mayo de 1997; y del 3 al 9 de junio de 1997.

- Según constancia expedida por la rectora del Liceo Juan Pablo Gómez Ochoa del municipio de Caramanta – Antioquia, la accionante prestó sus servicios en esa institución del 3 de septiembre al 23 de noviembre de 1997.
- Constancia expedida por la rectora del Colegio Oficial Mixto San Pio X de Manizales, que da cuenta que la accionante laboró en ese colegio del 14 de septiembre al 19 de noviembre de 1998.
- Autorización nro. 421 del 9 de septiembre de 1998 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, que indica que la demandante quedaba autorizada para prestar sus servicios en el Colegio San Pio X (tarde) como docente de tiempo completo en reemplazo de Martha Gómez Ruiz quien se encontraba en licencia de maternidad del 28 de agosto al 29 de noviembre de 1998.
- Autorización nro. 418 del 20 de mayo de 1999 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, que indica que la demandante quedaba autorizada para prestar sus servicios en el Colegio Gregorio Gutiérrez como docente de tiempo completo en reemplazo de Carolina María Ortiz quien había sido trasladada.
- Autorización nro. 1234 del 4 de octubre de 2000 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, que indica que la demandante quedaba autorizada para prestar sus servicios como docente de tiempo completo en la Institución Nacional Dorada en reemplazo de Jorge Eliecer Murcia Murcia quien había fallecido.
- Autorización nro. 301 del 29 de enero de 2001 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, que indica que la demandante quedaba autorizada para prestar sus servicios como docente de tiempo completo en el Colegio Gregorio Gutiérrez González en reemplazo de Diana Judith Jiménez Correa quien había sido trasladada.
- Autorización nro. 196 del 4 de febrero de 2002 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, que indica que la demandante quedaba autorizada para prestar sus servicios como docente de tiempo completo en el Colegio Gregorio Gutiérrez González en reemplazo de Diana Judith Jiménez Correa quien había sido trasladada.

- Autorización nro. 436 del 27 de enero de 2003 de la secretaría de Educación del departamento de Caldas, que indica que la demandante quedaba autorizada para prestar sus servicios como docente de tiempo completo en el Instituto Integrado los Planes en reemplazo de Diana Judith Jiménez Correa quien había sido trasladada.
- Según certificado expedido por la Jefatura Administrativa y Financiera de la secretaría de Educación de Caldas, la actora prestó sus servicios mediante órdenes de prestación de servicios así:

1999: Presto los servicios por "OPS" Orden de Prestación de servicios en Seccional de Manzanares según acumulados de nómina de Cobol así:

Ítem	Mes	Valor
1	Junio	200.412
2	Agosto	291.509
3	Septiembre	1.093.158
4	Octubre	546.579
5	Noviembre	546.579
6	Diciembre	765.211

2000: Presto los servicios por "OPS" Orden de Prestación de servicios en Seccional de Manzanares según acumulados de nómina de Cobol así:

Ítem	Mes	Valor
1	Diciembre	947.404

2001: Presto los servicios por "OPS" Orden de Prestación de servicios en Seccional de Manzanares según acumulados de nómina de Cobol así:

Ítem	Mes	Valor
1	Marzo	636.831
2	Abril	756.237
3	Mayo	298.514
4	Junio	684.476



5	Julio	338.316
6	Agosto	305.978
7	Septiembre	611.955
8	Octubre	676.634
9	Noviembre	611.955
10	Diciembre	795.542

2002: Presto los servicios por "OPS" Orden de Prestación de servicios en Seccional de Manzanares según acumulados de nómina de Cobol así:

Ítem	Mes	Valor
1	Enero	683.480
2	Abril	601.806
3	Mayo	719.589
4	Junio	683.480
5	Julio	683.480
6	Septiembre	888.524
7	Octubre	683.480

2003: Presto los servicios por "OPS" Orden de Prestación de servicios en Seccional de Manzanares según acumulados de nómina de Antares así:

Ítem	Mes	Valor
1	Abril	1.412.525
2	Mayo	524.001
3	Junio	683.480
4	Julio	501.219
5	Agosto	387.305
6	Septiembre	683.480
7	Octubre	683.480
8	Noviembre	683.480
9	Diciembre	1.447.276

JORGE ALBERTO CALDERON CASTAÑO
Profesional Universitario

- Según certificado de historia laboral expedido por la secretaría de Educación del municipio de Manizales, la demandante prestó sus servicios desde el 28 de febrero de 2004 al 17 de julio de 2005. Lo que se corrobora con el acta de posesión 067 del 27 de febrero de 2004.
- Según certificado de historia laboral expedido por la secretaría de Educación del departamento de Caldas, el demandante fue nombrada mediante Decreto 2114 del 30 de septiembre de 2005, posesionada el 6 de octubre de ese mismo año. Lo que se corrobora con el acta de posesión nro. 1344 del 6 de octubre de 2005.
- Acta de posesión nro. 416 del 23 de marzo de 2007, mediante la cual la actora tomó posesión, en propiedad, del cargo de docente la Institución Docente Hojas Anchas.
- Con derecho de petición radicado el 16 de octubre de 2020 se solicitó el reconocimiento de una pensión de jubilación. No reposa respuesta expedida por la entidad a esta petición.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Limbania Herrera Osorio?

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 establecido 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 2007, es decir, fecha posterior a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que su situación pensional se regía 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 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:

¹ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

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”.

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 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. [...] (Negritas fuera de texto)

En el presente asunto la demandante reporta un primer nombramiento en provisionalidad como docente 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 certificados y autorizaciones de servicios la actora tuvo vinculaciones como docente en el año 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003.

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 docente, 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 acudir 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

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.

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 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.

También el Máximo Tribunal Administrativo ha permitido computar los tiempos de servicios laborados como docente mediante órdenes de prestación de servicios antes del año 2003 para quedar inmerso en la transición que establece la Ley 812 de 2003. Así se determinó en 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):

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.

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.

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)⁷. Por lo anterior, durante estos últimos períodos no existe duda de la 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 Estado⁸, 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

⁷ Ver sello de presentación personal ante la Oficina Judicial obrante a folio 21 del plenario.

⁸ 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).

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 inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta [...]»⁹.

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 reconocimiento¹⁰ y de reliquidación pensional¹¹, que fueron analizados bajo los mismos

⁹ Ídem.

¹⁰ 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).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 18 de

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 2019¹², emanada de la Sección Segunda del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente 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.

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 la *A quo* en el fallo de primera instancia.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho la señora Limbania Herrera Osorio a que se le reconozca una pensión de jubilación?

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, conforme a la Ley 62 de 1985 y sentencia de unificación del 25 de abril de 2019.

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.

noviembre de 2020. Radicado: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017).

¹² 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).

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 el demandante nació el 26 de abril de 1964, lo que significa que cumplió los 55 años de edad exigidos por la norma el 26 de abril de 2019.

Frente a los tiempos de servicios los mismos se relacionaron en la sentencia de primera instancia, y de ellos se concluyó que el estatus pensional lo alcanzó el día 6 de enero de 2020, data en la cual acreditó los 20 años de servicios.

En relación con la fecha de adquisición del estatus no se presentó ningún reparo por las partes, por lo que se mantendrá la establecida en la sentencia de primera instancia; pero sí se deberá modificar el ordinal tercero al evidenciar una inconsistencia ya que en este se plasmó que el derecho se haría efectivo desde el 16 de enero de 2020, fecha de cumplimiento del estatus pensional, cuando de conformidad con lo plasmado en las consideraciones este se adquirió el 6 de enero de 2020.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, específicamente en cuanto a los factores salariales, se acudió 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 1° de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3° de la Ley 33 de 1985”.*

En la sentencia de primera instancia se consignó de manera abstracta que el ingreso base de liquidación debía calcularse atendiendo los postulados de la Ley 62 de 1985, con la inclusión únicamente de los factores allí enunciados, siempre y cuando hubieran sido devengados por la actora.

Aunque la conclusión plasmada en relación con el IBL es acertada, considera esta Sala, en atención a que este punto toca el núcleo esencial del derecho pensional, que se debe proceder a discriminar, de acuerdo al certificado aportado, qué factores salariales deben incluirse en el ingreso base de liquidación.

Según el certificado de factores salariales, la actora devengó en el año de adquisición del estatus (5 de enero de 2019 al 6 de enero de 2020) lo siguiente:

FACTORES SALARIALES	DESDE:	01 - 01 - 2019
	HASTA:	31 - 12 - 2019
1400 Prima De Navidad		3,006,245.00
1460 Prima De Servicios		1,379,490.00
Asignacion Basica		2,666,595.00
Bonif. Mensual Docentes		79,998.00
Bonificacion Pedagogica		293,325.00
Prima De Vacaciones Docentes		1,442,998.00
TOTAL		8,868,651.00

FACTORES SALARIALES	DESDE:	01 - 01 - 2020
	HASTA:	30 - 09 - 2020
1460 Prima De Servicios		1,470,268.00
Asignacion Basica		2,887,219.00
Bonif. Mensual Docentes		28,873.00
Bonificacion Pedagogica		433,083.00
TOTAL		4,819,443.00

Se debe aclarar que la prima de vacaciones y la prima de navidad 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 1 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 2020¹³ 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.

En relación con la bonificación pedagógica, que también fue percibida, evidenciando esta Sala frente a este rubro que el Decreto 2354 de 2018 creó el factor salarial mencionado para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación así:

ARTÍCULO 2. Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

¹³ 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.

3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

ARTÍCULO 3. *Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.

2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.

3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.

4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.

5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.

PARÁGRAFO 1. *El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado* (Subrayado fuera de texto).

Al revisar esta norma del año 2018 se llega a la conclusión que, aunque en ella se estableció que la bonificación pedagógica constituía factor salarial para todos los efectos legales, también se determinó que sería cancelada una sola vez al año, cuando se hubiera laborado un año continuo de servicios; y que el primer pago se haría en diciembre de 2018, y que no tendría efectos retroactivos bajo ninguna consideración.

En el presente caso el certificado de factores salariales da cuenta que este rubro fue percibido entre los años 2019 y 2020, época en la cual ya había sido creado como factor salarial, por lo que también hay lugar a incluirla en el IBL de la pensión.

Así las cosas, para mayor claridad del asunto, en el IBL pensional deberán incluirse la asignación básica, la bonificación mensual y la bonificación pedagógica, por lo que el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia será modificado en este sentido.

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 enero de 2020; que la reclamación ante la entidad se presentó el 16 de octubre de 2020; y que la demanda se radicó el 24 de marzo de 2021, no transcurrieron 3 años entre estas actuaciones, lo que denota que no se configuró dicho fenómeno, como se expuso en la sentencia del 26 de mayo de 2023.

Tercer problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas se ajustó a derecho, ya la decisión se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Al revisar la argumentación que se plasmó en el fallo del juzgado en relación con las costas se adujo que se condenaba en vista que prosperaron las pretensiones, y atendiendo lo establecido en el numeral 1 del artículo 365 del CGP; y se fijaron por concepto de agencias en derecho el 4% de las pretensiones solicitadas, esto es, \$1.481.827, en consideración a que la demandante debió concurrir al proceso a través de apoderado quien actuó a lo largo del mismo cumpliendo las cargas procesales.

Se argumentó en la alzada frente a las costas, en síntesis, que en este caso la entidad había obrado de buena fe, y que no se había comprobado por la parte actora que se hubieran causado, ni tampoco fueron probadas como lo establece el numeral 9 del artículo 365, aplicable por remisión del artículo 188 del CPACA.

La juez para condenar en costas tuvo en cuenta el artículo 188 del CPACA el cual consagra lo siguiente:

ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.

Debe indicarse que las costas se entienden como la erogación económica que corresponde efectuar a las partes involucradas en el proceso, la cual corresponde por una parte a las expensas, es decir, a todos aquellos gastos necesarios para el trámite del juicio distintos del pago de apoderado; y, por otro lado, a las agencias en derecho, que corresponde a las erogaciones efectuadas por concepto de apoderamiento, las cuales se decretan en favor de la parte y no de su representante judicial, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pactados.

El artículo 188 del CPACA, con la modificación introducida por la Ley 2080 de 2021, determinó que se “dispondrá” sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal; pero en todo caso no eliminó de la redacción la expresión citada.

Por ello, si un juez considera que hay lugar a imponer costas en un proceso deberá apoyarse en un criterio objetivo valorativo el cual exige no solo verificar la parte vencida en juicio, sino, además, el deber de precisar los motivos por los cuales se considera procede la condena, es decir, por qué se aduce que se causaron las costas.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que, la jueza explicó que, condenaba en costas porque las pretensiones habían prosperado, y además porque la actora debió concurrir al proceso a través de apoderada, quien actuó dentro del mismo cumpliendo las cargas procesales.

Ello denota que la *A quo* procedió a explicar la razón de su decisión frente a las costas con base en el criterio objetivo valorativo, por lo menos en lo que se atiende a las agencias en derecho. Por lo anterior, se confirmará la condena en costas establecida en la sentencia de primera instancia.

Conclusiones

La 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 6 de enero de 2020, liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagógica devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus, 5 de enero de 2019 al 6 de enero de 2020.

Por lo anterior, se modificará el ordinal tercero de la sentencia, no solo para consignar los factores salariales que hacen parte del IBL, sino para establecer que el disfrute de la pensión se hace efectivo desde el 6 de enero de 2020, y no desde el 16 de enero de 2020, como quedó plasmado en este.

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 la sentencia de primera instancia será modificada, y además 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: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 26 de mayo de 2023 emitida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LIMBANIA HERRERA OSORIO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, el cual quedará así:

TERCERO: A título de restablecimiento del derecho, ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de la sra LIMBANIA HERRERA OSORIO, una pensión de jubilación equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagógica devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus, esto es, 5 de enero de 2019 al 6 de enero de 2020.

El disfrute de la prestación vitalicia otorgada no estará sujeto al retiro definitivo del servicio de la demandante y se hará efectivo desde el 6 de enero de 2020, fecha del cumplimiento del estatus jurídico pensional.

Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por el artículo 192 del Ley 1437 de 2011 debidamente indexadas, conforme al artículo 187 ibídem, es decir, actualizadas mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer esos ajustes.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada, teniendo en cuenta que el índice final es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La accionada liquidará los reajustes y los descuentos de ley y demás operaciones, o compensaciones contables a que haya lugar, conforme a lo anteriormente expuesto

SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS la sentencia del 26 de mayo 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 19 de octubre de 2023, conforme acta nro. 065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

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

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 04/07/2023, Urrea Alarcón, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR23-232 del 08 de marzo 2023 y de la Resolución nro. DESAJMAR23-280 del 15 de marzo de 2023, por medio de las cuales se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

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

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el 04 de septiembre de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales.

El impedimento ingresó a este Despacho el 02 de octubre de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

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

El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

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

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

[...]

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

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

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

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso, en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta sala de decisión legitiman el impedimento, que cobija así mismo, a los demás jueces administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

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

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas Sala Primera de Decisión,

RESUELVE

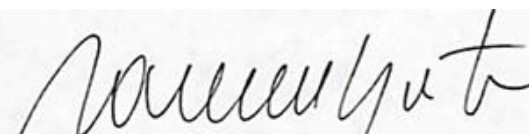
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de impedimento manifestada por la Jueza Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **LINA CLEMENCIA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

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuerz que deba actuar en el presente trámite, el día **DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**.


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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 19 de octubre de 2023, conforme acta nro.065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

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

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 02/06/2023, Serna Gómez, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR23-459 del 23 de mayo 2023 y de la Resolución nro. DESAJMAR23-483 del 31 de mayo de 2023, por medio de las cuales se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

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

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de septiembre de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás jueces administrativos del Circuito de Manizales.

El impedimento se recibió el 5 de octubre de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

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

El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

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

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

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

[...]

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

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

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

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite* la señora Jueza Administrativo manifestó que le asiste un interés directo en las resultas del proceso, en la medida que tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta sala de decisión legitiman el impedimento, que cobija así mismo a los demás jueces administrativos de Manizales, y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

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

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas Sala Primera de Decisión,

RESUELVE

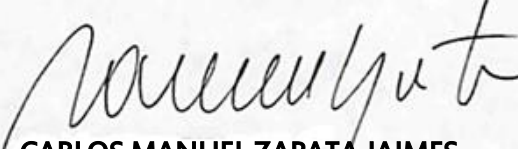
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la Jueza Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **URIEL SERNA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

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuerz que deba actuar en el presente trámite, el día **DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**.


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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 19 de octubre de 2023, conforme acta nro. 065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

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

ANTECEDENTES

Con libelo presentado el 18/07/2023, Cuervo García, entre otras pretensiones, solicitó se declare la nulidad de la Resolución nro. DESAJMAR23-373 del 24 de abril de 2023, por medio de la cual se negó el reconocimiento como factor salarial de la bonificación judicial del Decreto 0383 de 2013, así como la reliquidación y pago de las prestaciones sociales y de los demás derechos laborales devengados por el demandante como empleado de la Rama Judicial.

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

EL IMPEDIMENTO

La Jueza Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el 28 de septiembre de 2023 manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, causal de impedimento que, igualmente señala, cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales.

El impedimento ingresó el 5 de octubre de 2023.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

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

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

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

“ARTÍCULO 1º. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el Decreto número 874 de 2012 y las disposiciones que lo

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

modifiquen o sustituyan, **una bonificación judicial**, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

[...]

3. Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será:

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

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

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el *sub-lite*, la señora Jueza Administrativo manifestó que, le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que, tiene el mismo derecho deprecado por el actor, aspecto que a juicio de esta sala de decisión legitiman el impedimento, que cobija así mismo a los demás jueces administrativos de Manizales y, por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, **FÍJASE** como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día **DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**, diligencia que será dirigida por el Magistrado Ponente, conforme la autorización de la Sala Plena del Tribunal Administrativo.

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

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

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas Sala Primera de Decisión,

RESUELVE

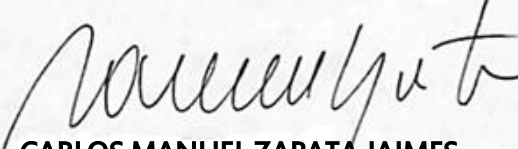
PRIMERO: ACÉPTASE la declaración de impedimento manifestado por la Jueza Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho impetrada por **JORGE ADRIAN CUERVO GARCÍA** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

SEGUNDO: FÍJASE como fecha y hora para el sorteo de conjuerz que deba actuar en el presente trámite, el día **DIECISIETE (17) DE NOVIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE (9:00) DE LA MAÑANA**.


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

NOTIFÍQUESE


Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada el 19 de octubre de 2023, conforme acta nro. 065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
- Sala Quinta de Decisión -

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 336

Asunto: Decreta prueba de oficio
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-005-2021-00029-02
Demandante: José Uriel Ocampo
Demandada: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones).

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de septiembre de 2023

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

Encontrándose el proceso de la referencia para dictar sentencia de segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), esta Sala de Decisión considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental:

Por la Secretaría de esta Corporación, **OFÍCIESE a Colpensiones, al Municipio de La Dorada, Caldas, a la Empresa de Servicios Públicos de La Dorada, Caldas, a la Contraloría General de Caldas y al Departamento de Caldas**, para que en un término no mayor a diez (10) días siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, informen y remitan con destino a este proceso, lo siguiente:

A Colpensiones:

Certificación en la que indique si la pensión del señor José Uriel Ocampo, identificado con cedula de ciudadanía n°13.801.898, fue reconocida en su condición de empleado público vinculado a través de una relación legal y reglamentaria o en su calidad de trabajador oficial de la entidad territorial.

Al Departamento de Caldas, al Municipio de La Dorada, a la Empresa de Servicios Públicos de La Dorada, Caldas, y a la Contraloría General de Caldas:

Certificación en la que indique el tipo de vinculación que tuvo el señor José Uriel Ocampo, identificado con cedula de ciudadanía n°13.801.898, especificando si la misma correspondió a tiempos servicio en calidad de empleado público vinculado a través de una relación legal y reglamentaria o a periodos de tiempo como trabajador oficial.

En caso de haber tenido vinculación como empleado público, deberán aportar los actos de nombramiento y posesión del señor José Uriel Ocampo, identificado con cedula de ciudadanía n°13.801.898, en las respectivas entidades, así como certificar el periodo de vinculación.

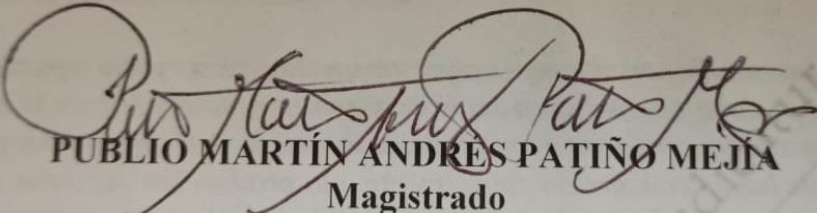
Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación, **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia para proyectar la decisión que en derecho corresponda.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 187

FECHA: **23/10/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 192

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad
Radicación: 17001-33-33-006-2018-00642-02
Demandante: Sindicato de Bomberos de Manizales y Eje Cafetero (SINBOMAEJE)
Asociación Sindical de Bomberos y Empleados de Caldas (ASSINBOMENC)
Demandada: Municipio de Manizales

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de octubre de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad promovido por el Sindicato de Bomberos de Manizales y Eje Cafetero (SINBOMAEJE)² y la Asociación Sindical de Bomberos y Empleados de Caldas (ASSINBOMENC)³ contra el Municipio de Manizales.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 10 de diciembre de 2018⁴, se

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, SINBOMAEJE.

³ En adelante, ASSINBOMENC.

⁴ Archivo n° 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

solicitó lo siguiente⁵:

1. Que se declare la nulidad del Decreto nº 0315 del 5 de junio de 2018, con el cual se estableció una jornada especial laboral por cuadro de turnos en la planta de cargos de oficiales y suboficiales del Cuerpo Oficial de Bomberos del Municipio de Manizales.
2. Que se condene en costas a la entidad demandada.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁶, que en resumen indica la Sala:

1. El Cuerpo Oficial de Bomberos del Municipio de Manizales fue creado mediante acuerdo municipal en el año 1995; fecha desde la cual el personal de dicha institución, con vocación de carrera administrativa, ha estado a cargo del Municipio de Manizales.
2. De conformidad con la Resolución nº 0661 de 2014 del Ministerio del Interior, modificado por el artículo 10 de la Resolución nº 1127 del 2 de julio de 2018, los bomberos oficiales en el servicio activo son *“empleados públicos del sector oficial, que prestan su servicio en la actividad bomberil, por cuenta del respectivo Municipio o Distrito”*.
3. En la actualidad, dicho cuerpo de bomberos está integrado de la siguiente manera: 1 comandante, 1 subcomandante, 1 capitán, 9 tenientes, 3 sub tenientes, 3 sargentos, 3 cabos y 40 bomberos.
4. La Ley 1575 de 2012, con la cual se estableció la ley general de bomberos de Colombia, señala que la *“gestión integral del riesgo contra incendios, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos”* es un servicio público esencial a cargo en forma corresponsable de la Nación, los departamentos, los distritos y los municipios respectivos.
5. Desde la creación del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, éste ha prestado el servicio público esencial a su cargo en turnos de 24 horas de servicio por 48 horas de descanso, así: de lunes a sábado en turnos de 24 horas diarias de servicio continuo por 48 horas de descanso, desarrolladas desde las 8:00 horas hasta las 8:00 horas del día siguiente; los días

⁵ Página 2 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Páginas 2 a 6 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

domingos y festivos en turnos de 24 horas diarias de servicio continuo, desarrollados desde las 8:00 horas del día domingo o festivo hasta las 8:00 horas del día siguiente.

6. La adopción del sistema de turnos de 24 horas diarias de servicio continuo por 48 horas de descanso ha permitido a los cuerpos oficiales de bomberos de todo el país garantizar el cumplimiento de su misión.
7. El alcalde del Municipio de Manizales expidió el Decreto n° 0315 del 5 de junio de 2018, con el cual, entre otras disposiciones, estableció para los funcionarios que laboran en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, en la planta de cargos de oficiales y suboficiales, un sistema de cuadro de turnos rotativos de 24 horas de servicio por 72 horas de descanso, en jornadas de 190 horas al mes, para efectos de la asignación básica y liquidación de prestaciones sociales y salariales.
8. Con el referido decreto se regularon aspectos que están reservados al legislador ordinario y extraordinario, de conformidad con lo señalado en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política y en la Ley 4ª de 1992.
9. El establecimiento de horario y turnos de trabajo del personal de bomberos desconoce la naturaleza del servicio público esencial que le asigna la Ley 1575 de 2012 a la labor de los cuerpos oficiales de bomberos, y que por esencia es permanente, continua e indelegable.
10. El Decreto n° 0315 del 5 de junio de 2018 afecta de manera directa el ingreso de los integrantes del Cuerpo Oficial de Bomberos, teniendo en cuenta que, según los turnos establecidos en el mismo, estos servidores públicos trabajarían turnos de 24/72, laborando una jornada inferior a 190 horas; y además no se liquida horas extras ni recargo nocturno, sino solamente horas festivas laboradas.
11. Otra de las consecuencias de la aplicación del Decreto n° 0315 de 2018 es la tercerización de la prestación del servicio público esencial a cargo de los bomberos.
12. En lugar de ampliar la planta de personal del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, el Municipio de Manizales ha optado por contratar la prestación del servicio bomberil con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales, quitándole con ello a los miembros del primer cuerpo mencionado su condición de servidores públicos y la naturaleza esencial del servicio.

13. El Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales es una entidad privada sin ánimo de lucro, con personería jurídica concedida mediante la Resolución nº 1905 del 12 de septiembre de 1974 expedida por el gobernador del Departamento de Caldas y con NIT 890802884-5.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁷: Constitución Política: artículos 2, 4, 13, 25, 29, 53, 150 –numeral 19, literal e)– y 209; Ley 4^a de 1992: artículo 91 –numeral 1, literal d)–; Ley 1575 de 2012: artículos 1, 2, 3, 6, 18, 21, 22 y 28; y Ley 909 de 2004: artículos 3 –numeral 2–, 41 y 57.

Sostuvo que el acto demandado se encuentra afectado de nulidad por lo siguiente:

1. Violación al principio de legalidad por falta de competencia

Adujo que el decreto demandado pretende regular aspectos que están reservados al legislador ordinario y extraordinario, tal como lo contempla el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política y los artículos 10 y 12 de la Ley 4^a de 1992.

En efecto, manifestó que al Gobierno Nacional le corresponde fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; de manera que cuando el alcalde de Manizales expidió el acto demandado, se arrogó una competencia exclusiva del legislador, que por virtud de la ley fue delegada en el Gobierno Nacional. Lo anterior, ya que con el decreto atacado estableció un sistema de turnos para efectos de la asignación básica y liquidación de prestaciones sociales y salariales de los funcionarios del cuerpo de bomberos, determinó a quiénes se les reconoce horas extras y a quiénes no, homologó las escalas salariales de los funcionarios de bomberos a las asignaciones del nivel territorial, estableció la compensación de recargos nocturnos, señaló el método para reconocer el trabajo ordinario en días dominicales y festivos, y afectó el día de descanso compensatorio de los funcionarios del cuerpo de bomberos.

2. Haberse expedido con infracción de las normas en que debería fundarse

Afirmó que con el pretexto de dirigir la acción administrativa del municipio, el acto demandado desconoció la competencia prevista en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política,

⁷ Páginas 6 a 26 del archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

vulnerando además con ello el derecho al debido proceso, justamente por haberse expedido sin competencia, así como los derechos y principios que en materia laboral consagra la Constitución en sus artículos 25 y 53, el derecho a la igualdad y el principio de moralidad.

Refirió que el decreto demandado resulta lesivo para los derechos laborales de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, ya que se les mermaron considerablemente las horas efectivamente laboradas.

Expuso que el acto administrativo enjuiciado no sólo pone al Cuerpo Oficial de Bomberos en situación de discriminación en relación con los demás cuerpos de bomberos del país, sino que además se expidió con el fin de dejar un espacio de 72 horas de descanso para el Cuerpo Oficial de Bomberos, y de esta forma generar la necesidad de contratar el Cuerpo Voluntario de Bomberos bajo contratos en los que se invierte la tasa bomberil cuya destinación es diferente.

Estimó que el decreto demandado viola igualmente la Ley 1575 de 2012, especialmente en lo señalado en los artículos 1, 2, 3, 6, 18, 21, 22 y 28, ya que la actividad bomberil es un servicio público permanente que no puede basarse en turnos o en motivos administrativos para no prestarse.

3. Vulneración de los principios de planeación y coordinación

Sostuvo que según la tabla de turnos establecida en el Decreto nº 0315 de 2018, en la ciudad de Manizales existiría un cuarto turno que sería imposible de atender con el personal con que cuenta el Cuerpo Oficial de Bomberos.

4. Vulneración de derechos de la ciudadanía y de la comunidad en general

Consideró que con el establecimiento de turnos de servicio del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, se deja expuesta a la ciudadanía en general a un estado de inseguridad que no está en la obligación de soportar.

5. Desviación del Poder

Afirmó que el acto atacado discrimina a los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, pues los relega a un ingreso proveniente de unos turnos absurdos y contradictorios con el servicio esencial que cumplen.

Indicó que hay una enorme diferencia salarial en los dos sistemas de turnos: el de 24 x 48 horas que siempre han tenido los bomberos oficiales y el de 24 x 72 que se impuso en el decreto que se demanda, generando desigualdad frente al resto de cuerpos de bomberos del país, lo que afecta su mínimo vital y además trasgredió el principio de confianza legítima.

Explicó que además de afectar el ingreso mensual y prestacional, los miembros del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales deben realizar otros turnos diferentes a las 168 horas mensuales, para completar las 190 horas al mes.

6. Falsa motivación por violación de normas sustanciales sobre prestaciones sociales, periódicas e irrenunciables

Adujo que el acto demandado violó ostensiblemente el artículo 53 de la Constitución Política, el Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 909 de 2004, pues con él se afectaron de manera considerable las condiciones más favorables preexistentes en materias intocables como el ingreso mensual, las prestaciones sociales, el pago de horas extras, el pago de horas nocturnas y el reconocimiento de compensatorios.

7. Falsa motivación por interpretación amañada de sentencias

Expuso que uno de los considerandos de la norma municipal demandada se refiere a la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 19 de febrero de 2018 (radicado 25000-23-25-000-2011-00611-01), con ponencia del consejero César Palomino Cortés, de la cual hizo una transcripción parcial sacada de contexto, ya que el Alto Tribunal nunca cuestionó los turnos ni las horas finales laboradas, sino que más bien los respaldó, y lo que reprochó fue las liquidaciones que se hacían de los recargos.

Indicó que en el acto demandado también se citó de manera parcial y descontextualizada otra sentencia del Consejo de Estado del 1º de febrero de 2018 (radicado 25000-23-25-000-2012-00004-01(4150-2015)), ya que en ésta realmente se sostuvo que la ley permite un máximo de 66 horas semanales, es decir, 264 horas mensuales, y lo que se criticaba era que el régimen especial del Distrito de Bogotá no contemplaba la forma de reconocer, liquidar y pagar el trabajo suplementario.

8. Expedición irregular

Reiteró que el Decreto nº 0315 de 2018 fue expedido con incompetencia, sin

estudios previos, con vulneración del derecho al debido proceso, desconociendo las formas propias del acto, teniendo en cuenta que se invocaron facultades muy distintas a las que finalmente se ejercieron.

9. Trasgresión de principios como el de transparencia, seguridad jurídica e imparcialidad

Aseguró que no hubo transparencia en la expedición del acto administrativo, por cuanto se presentó una presunta motivación que en verdad escondía una intención oscura de afectar derechos laborales preexistentes; y además se citó como motivación una reclamación presentada por el presidente del sindicato de bomberos, dando a entender que era una especie de respuesta a dicha petición.

Acotó que se vulneró el principio de seguridad jurídica, por cuanto se afectaron derechos laborales y personales irrenunciables.

Adujo que la administración municipal ha generado presiones indebidas sobre el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, ya que ha expedido circulares amenazantes, como la Circular n° 011 del 28 de noviembre de 2018, en la cual reitera el sistema de turnos de 24 x 72 y anuncia que ello además constituye una directriz de la Contraloría Municipal, sin sustento alguno.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representado y dentro del término previsto en la ley, el Municipio de Manizales contestó la demanda⁸ para oponerse a las pretensiones de la misma, con fundamento en lo que se indica a continuación.

Expuso que con la expedición del Decreto n° 0315 de 2018, que estableció la nueva jornada laboral, fue necesario la creación de 26 nuevos cargos de bomberos oficiales, además de la contratación de 43 unidades del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales a través de contrato de prestación de servicios con el Municipio de Manizales.

Explicó que el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales prestó sus servicios desde su creación y hasta el 31 de diciembre de 2013 en turnos de 24 horas de servicio por 24 horas de descanso, lo que conllevó a que se presentaran múltiples condenas judiciales en contra de la entidad territorial, que acarrearón pagos excesivos que afectaron enormemente el presupuesto municipal, y sólo a partir del 1° de enero de 2014 y hasta la implementación del acto administrativo

⁸ Archivo n° 033 del cuaderno 1 del expediente digital.

acusado se laboró en turnos de 24 horas de servicio por 48 horas de descanso.

Aseguró que con la jornada especial laboral establecida en el decreto demandado se está garantizando de una manera oportuna y eficiente la prestación del servicio público esencial a la comunidad.

Afirmó que el Decreto nº 0315 de 2018 fue expedido en virtud de atribuciones constitucionales y legales, dando estricto cumplimiento al Decreto 1042 de 1978 y a las directrices y pronunciamientos emanados del Consejo de Estado.

Señaló que la labor que desarrollan los bomberos está catalogada como de alto riesgo para la salud, por lo que, con la nueva jornada se permite que tales funcionarios puedan disfrutar de un mayor tiempo de descanso, generando así mejor calidad de vida para ellos y sus familias.

Negó que con el acto atacado se hubiese afectado el ingreso de los integrantes del Cuerpo de Bomberos, ya que con la jornada especial de trabajo se garantiza a los bomberos oficiales ingresos mensuales superiores a \$2'000.000, esto es, dos veces y medio el salario mínimo mensual en Colombia y muy superior al ingreso promedio de los funcionarios de la administración municipal de igual nivel, con la diferencia de que aquellos sólo laboran durante ocho días al mes, es decir, que descansan 22 días al mes.

Indicó que en los pagos efectuados a las unidades del Cuerpo Oficial de Bomberos se incluyen horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, subsidio de alimentación y auxilio de transporte.

Afirmó que no es cierto que se esté adelantando un proceso de tercerización de la prestación del servicio público esencial a cargo de los bomberos, sino que, por lo contrario, con la contratación del personal del Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales se está dando cumplimiento a la Ley 1575 de 2012 que desarrolla la actividad bomberil, permitiendo la inclusión de los bomberos voluntarios dentro de la denominación de bomberos de Colombia y otorgando competencias y diferencias con otras clasificaciones como los bomberos oficiales.

Explicó que el alcalde de Manizales sí tenía competencia para expedir el acto demandado, de conformidad con el artículo 315 de la Constitución Política y el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, tal como lo señaló expresamente el Consejo de Estado en sentencia del 1º de febrero de 2018.

Negó que con el acto se hubieran regulado aspectos diferentes a los señalados en el Decreto 1042 de 1978, en los pronunciamientos del Consejo de Estado y en

el concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, los cuales fueron plasmados textualmente en el decreto.

Sostuvo que lo único que persigue el medio de control de la referencia son intereses económicos particulares, al querer regresar a la jornada laboral anterior que generó consecuencias nefastas para la entidad.

Propuso las excepciones que denominó: “**PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD**”, con fundamento en que el Decreto n° 0315 de 2018 no está viciado de falsa motivación, desviación del poder, vicios de forma o incompetencia del titular del mismo, sino que fue expedido bajo los parámetros del Decreto 1042 de 1978 y pronunciamientos del Consejo de Estado; “**RÉGIMEN EXCEPCIONAL DEL PERSONAL BOMBERIL**”, en la medida en que el régimen de los bomberos es excepcional y, por lo tanto, no pueden solicitar la aplicación de normas de carácter especial o de otro régimen salarial aplicable para los servidores de la Rama Ejecutiva; “**IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN INSTAURADA**”, como quiera que carece de fundamento legal y está basada en conceptos e interpretaciones equivocadas y acomodadas a los intereses de la parte demandante; y “(...) **GENÉRICA** (sic)”, de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso (CGP)⁹.

LA SENTENCIA APELADA

El 9 de septiembre de 2020, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia¹⁰, con la cual negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se indican a continuación.

Inicialmente y con base en lo dispuesto por la Ley 1575 de 2012, la Juez *a quo* explicó que: **i)** la gestión integral del riesgo contra incendio, los preparativos y atención de rescates en todas sus modalidades y la atención de incidentes con materiales peligrosos es responsabilidad de todas las autoridades y de los habitantes del territorio colombiano, en especial de los municipios, los departamentos y la Nación, sin perjuicio de las atribuciones de las demás entidades que conforman el Sistema Nacional para la Prevención y Atención de Desastres; **ii)** dicha gestión integral del riesgo está a cargo de las instituciones bomberiles; y **iii)** para todos sus efectos, constituyen un servicio público esencial a cargo del Estado.

Indicó que conforme a la referida norma, el personal que presta sus servicios a los Cuerpos Oficiales de Bomberos pertenece a un sistema específico de

⁹ En adelante, CGP.

¹⁰ Archivo n° 057 del cuaderno 1 del expediente digital.

carrera administrativa.

Mencionó que la Ley 1575 de 2012 revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley que contengan el sistema específico de carrera de los Cuerpos Oficiales de Bomberos; pese a lo cual no el Gobierno Nacional no ha reglamentado la materia.

Citó aparte de sentencia del 24 de octubre de 2019 del Consejo de Estado en relación con la jornada laboral que deben cumplir los integrantes de los cuerpos oficiales de bomberos, destacando que la entidad puede fijarla conforme a los parámetros del Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima laboral, regulación de jornadas mixtas y salario de trabajo suplementario.

Con fundamento en lo anterior, señaló que conforme al artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, la jornada ordinaria de trabajo corresponde a 44 horas semanales, sin perjuicio de la posibilidad de fijar una jornada que no exceda 66 horas semanales, para aquellos empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia.

Descendiendo al caso concreto, el Juzgado indicó que el acto demandado no fue expedido con falta de competencia, ya que de conformidad con los artículos 150 –literal e) del numeral 19 y numeral 23–, 287, 313 –numerales 1 y 6–, 315 –numeral 1– de la Constitución Política, y el artículo 91 –literal d) del numeral 1– de la Ley 136 de 1994, modificado por la Ley 1551 de 2012, los alcaldes pueden fijar el horario de trabajo, respetando el límite máximo señalado por la ley en el Decreto 1042 de 1978.

Manifestó que el acto atacado no alteró ni sobrepasó la jornada laboral máxima permitida por el Decreto 1042 de 1978, y tampoco modificó las escalas de remuneración de los empleados municipales adscritos al Cuerpo Oficial de Bomberos; aspectos que sí están deferidos a la órbita del legislador y no al Alcalde Municipal.

Afirmó que el decreto demandado sólo estableció el sistema de turnos para dar cumplimiento al horario de trabajo que delimita la jornada laboral, sin afectar de ninguna manera el número de horas dedicadas al servicio, ni la escala de remuneración.

Explicó que en varios pronunciamientos el Consejo de Estado ha señalado que las entidades territoriales son competentes para fijar la jornada de trabajo dentro de los límites permitidos.

Manifestó que tampoco se acreditó una vulneración al derecho a la igualdad y al principio de moralidad administrativa, como quiera que la certificación sobre los rubros devengados por los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos pone en evidencia que no se afectó el mínimo vital ni se desmejoraron las condiciones laborales señaladas en el Decreto 1042 de 1978.

Expuso que no hay prueba de los argumentos referentes a que los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos devengan menos en comparación con otras ciudades, o de que se ha celebrado un contrato de prestación de servicios con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales con el fin de cubrir el turno de 72 horas que no presta el Cuerpo Oficial, por lo cual estimó que no podía accederse favorablemente a la declaración que se pretende.

En relación con la supuesta violación de los principios de planeación y coordinación, y de vulneración de los derechos de la ciudadanía y de la comunidad, la Juez de primera instancia sostuvo que no hay prueba de la insuficiencia del personal del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales para atender los turnos dispuestos en el acto atacado, ni tampoco se acreditó la afectación de la prestación del servicio por tal causa. Añadió que, por lo contrario, no hubo reducción de la planta de personal, ya que con el Decreto 0763 del 10 de diciembre de 2018, se crearon 26 cargos de bomberos adscritos al despacho del alcalde – Unidad de Gestión del Riesgo – Cuerpo Oficial de Bomberos, cuya finalidad es mejorar los niveles de eficiencia, eficacia y celeridad de los distintos procesos que presta y adelanta la Alcaldía de Manizales.

Indicó que en este caso la parte actora no cumplió la carga de acreditar que el acto atacado hubiera sido expedido con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos que el ordenamiento legal le obliga, esto es, con desviación de poder.

Negó que se configurara un vicio de falsa motivación por indebida interpretación de las sentencias citadas en el acto demandado, ya que éste no sobrepasó el límite máximo semanal establecido para la jornada de trabajo por el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, y además fijar el horario de trabajo es una competencia que concierne a la buena marcha del servicio público y reside en el alcalde.

Concluyó entonces la Juez *a quo* que respecto del Decreto nº 0315 de 2018 no se habían configurado los cargos de nulidad propuestos en la demanda, por lo que prosperaban las excepciones formuladas por el Municipio de Manizales.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas por cuanto se trata de un proceso en el que se ventila un interés público.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹¹, de la manera que se indica a continuación.

Sostuvo que el Decreto n° 0315 de 2018 sí afectó derechos emanados de la jornada laboral mínima y máxima permitidas, dado que los turnos establecidos desconocen la naturaleza de servicio público esencial que le asigna la Ley 1575 de 2012 a la labor de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, que por esencia es permanente, continua e indelegable. Añadió que el citado acto administrativo afecta de manera directa el salario de los integrantes del Cuerpo Oficial de Bomberos, teniendo en cuenta la diferencia salarial y prestacional que se genera con los turnos de 24/72 y no de 24/48.

Afirmó que al establecer una jornada de 24 horas de trabajo por 72 de descanso, en lugar de la que se venía manejando que era de 24 horas de trabajo por 48 horas de descanso, se aumentan los días de descanso de 2 a 3, dando cabida a que se compense el pago de horas nocturnas no con el pago del recargo del 35% sino con los días de descanso, lo cual no está permitido.

Sostuvo que la Juez de primera instancia desconoció el precedente vertical en cuanto a lo que debe contener el acto administrativo que prevé la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos, ya que aquel debe señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar la aludida jornada, y establecer el pago salarial bajo los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978, es decir, la regulación de las jornadas mixtas y con garantía de la remuneración del trabajo suplementario, dentro de los límites previstos en el artículo 33.

Adujo que aunque es cierto que los turnos no sobrepasan la jornada máxima laboral permitida que es de 44 horas, lo cierto es que con ellos sí se alteró la jornada laboral, en tanto, en por lo menos dos semanas del mes, la carga laboral es de sólo 24 horas.

Manifestó que si el nominador no le entrega a su trabajador las 44 horas a la semana, sino 24, como sucede con el acto acusado, aquel está alterando la asignación básica que equivale a la contraprestación por 44 horas de servicio en la semana, y alterar esa asignación básica implica la modificación del

¹¹ Páginas 1 a 9 del archivo n° 060 del cuaderno 1 del expediente digital.

régimen salarial del servidor público.

Señaló que la expedición del decreto implicó la reducción automática en el pago de horas extras, buscando un fin ilegal como es la reducción de costos, para con ese mismo monto contratar bomberos voluntarios, lo cual resulta contrario a la moralidad pública, porque se están tercerizando empleos misionales, lo cual está prohibido.

Indicó que desde hace más de cinco años, con ocasión del Decreto Ley 256 de 2013, el Municipio de Manizales debió haber implementado un estudio para determinar cuál es el número de bomberos requeridos por la ciudad, y al no haberlo hecho, permite presumir que la planta es insuficiente; conclusión ésta que se extrae igualmente de uno de los contratos de bomberos voluntarios.

Consideró que contratar con bomberos voluntarios implica una desnaturalización del servicio y una privatización de una misión pública; pese a que lo que debe hacerse es fortalecer la estructura pública y no cercenar a esos servidores para entregar la contratación en forma directa a particulares.

Estimó que sí existe una clara desviación de poder y una falsa motivación cuando en el mismo acto se considera que la jornada laboral no puede ir más allá de las 190 horas mensuales, lo cual no es cierto porque el factor 190 fue empleado por el Consejo de Estado exclusivamente para establecer el valor de la hora de trabajo, pero nunca para modificar el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 respecto de las 44 horas a la semana.

Sostuvo que también se observa desviación de poder al limitar el reconocimiento y pago de las horas extras sólo a los empleados del nivel asistencial hasta el grado 19 y del nivel técnico hasta el grado 9, ya que esa limitante es para los empleados del orden nacional.

Reiteró que con el acto atacado ni siquiera se cumplen las 190 horas, como quiera que en los seis turnos asignados, a lo sumo, estarían trabajando 144 horas al mes.

Alegó que hay una falsa motivación cuando el alcalde pretende someter a los bomberos oficiales a completar esas 190 horas con 2 turnos dominicales, desconociendo que tanto el turno dominical como el festivo no hacen parte de la jornada de trabajo, es decir no hacen parte de las 44 horas semanales.

Refirió que si se toman las 190 horas al mes como una jornada laboral mensual para los bomberos oficiales, se estarían promediando 4.3 semanas al mes, en forma desigual con los demás empleados públicos a quienes se les aplicaría

un promedio de 4 semanas al mes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante y parte demandada

Guardaron silencio.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 13 de febrero de 2021¹², y allegado el 12 de abril del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹³.

Admisión y alegatos. Por auto del 12 de abril de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹⁴. Dentro del término otorgado, las partes no alegaron de conclusión. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de mayo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁵, la que se dicta en seguida en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue formulado.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en

¹² Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 004 del cuaderno 2 del expediente digital.

resolver el siguiente interrogante:

¿El acto demandado se encuentra viciado de nulidad por haber sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación, y con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** normativa que regula la jornada laboral de los empleados públicos del orden territorial; **iii)** jornada laboral de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos; y **iv)** examen del caso concreto.

1. Hechos debidamente acreditados

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

- a) El 2 de abril de 2018, el presidente de SINBOMAEJE elevó petición al alcalde del Municipio de Manizales¹⁶, tendiente a que se le informara por qué no se habían pagado las horas extras a los sargentos, subtenientes, tenientes, capitán y subcomandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales en el transcurso del año.
- b) Mediante Oficio nº SSA-GH-0263 del 9 de abril de 2018¹⁷, el secretario de despacho del Municipio de Manizales respondió la anterior petición, indicando que las horas extras sólo se reconocen a los empleados del nivel asistencial hasta el grado 19 y del nivel técnico hasta el grado 9.
- c) El 31 de mayo de 2018, el presidente de SINBOMAEJE elevó petición al alcalde del Municipio de Manizales¹⁸, solicitando socializar la implementación de la nueva jornada laboral y la modificación del manual de funciones de los funcionarios operativos del Cuerpo Oficial de Bomberos.
- d) Con Decreto nº 0315 del 5 de junio de 2018¹⁹, y con fundamento en el numeral 1 del literal d) del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, el alcalde del Municipio de Manizales estableció una jornada especial laboral por cuadro de turnos en

¹⁶ Página 10 del archivo nº 014 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷ Páginas 1 a 14 del archivo nº 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Página 22 del archivo nº 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 005 del cuaderno 1 del expediente digital.

la planta de cargos de oficiales y suboficiales del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales.

En efecto, dispuso para los funcionarios del Cuerpo Oficial de Bomberos del Municipio de Manizales en la planta de cargos de oficiales y suboficiales, un sistema de cuadro de turnos rotativos de 24 horas de servicio por 72 horas de descanso, en jornadas de 190 horas al mes, para efectos de la asignación básica y liquidación de prestaciones sociales y salariales.

Explicó en el referido acto que a través de Decreto nº 0297 del 13 de junio de 2016, el Municipio de Manizales adoptó la siguiente planta de cargos de oficiales y suboficiales en el Cuerpo Oficial de Bomberos:

CUERPO OFICIAL DE BOMBEROS						
G R A D O	CATEGORÍA DE OFICIALES			CATEGORÍA DE SUBOFICIALES		
	CARGO	NIVEL	SUELDO (Asig. Básica)	CARGO	NIVEL	SUELDO (Asig. Básica)
01	Subteniente de Bomberos	Asistencial	\$1'795.414	Bombero	Asistencial	\$1'427.279
02	Teniente de Bomberos	Asistencial	\$1'905.073	Cabo de Bomberos	Asistencial	\$1'610.724
03	Capitán de Bomberos	Asistencial	\$2'020.504	Sargento de Bomberos	Asistencial	\$1'703.069
04	Subcomandante de Bomberos	Técnico	\$2'590.707			
05	Comandante de Bomberos	Profesional	\$4'168.354			

Indicó que la asignación básica establecida en el cuadro anterior correspondía a una jornada laboral de 190 horas mensuales, en consideración a lo manifestado por el Consejo de Estado en sentencia del 19 de febrero de 2018 (radicado: 25000-23-25-000-2011-00611-01, M.P. Dr. César Palomino Cortes), cuando se pronunció frente a la jornada de la Unidad Administrativa Especial del Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá.

Refirió que en sentencia del 1º de febrero de 2018 (radicado: 25000-23-25-000-2012-00004-01(4150-2015), M.P. Dr. William Hernández Gómez), el Consejo de Estado señaló que la entidad a la cual se encontrara vinculado el personal del cuerpo oficial de bomberos podía fijar la jornada especial

de trabajo de aquel, sin perjuicio de ceñirse a los parámetros establecidos por el Decreto 1042 de 1978 sobre jornada máxima laboral, regulación de las jornadas mixtas y salario del trabajo suplementario.

Expuso que de conformidad con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, los funcionarios del Cuerpo Oficial de Bomberos debían trabajar ordinariamente por el sistema de turnos, habida cuenta que sus labores se desarrollan en forma permanente en horas diurnas y nocturnas.

Señaló que el hecho de no contar con un cuadro de turnos generó múltiples condenas judiciales contra la entidad, acarreando pagos excesivos que afectaron el presupuesto del municipio.

Adujo que como la función desarrollada por el Cuerpo Oficial de Bomberos es una actividad de alto riesgo para la salud, el cuadro de turnos a fijar permitiría al funcionario tener un mayor descanso, mejorando la calidad de vida para éste y su familia, así como una oportuna, eficiente y eficaz prestación del servicio a la comunidad.

Sostuvo que conforme a lo previsto por el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, el recargo nocturno se compensaría con los períodos de descanso establecidos en el sistema de cuadro de turnos rotativos de 24 horas de servicio por 72 horas de descanso.

Expuso que las horas extras sólo se debían reconocer a los empleados del nivel asistencial hasta el grado 19, y del nivel técnico hasta el grado 9, tomando las escalas salariales de dichos grados del nivel nacional y homologándolas a las asignaciones del nivel territorial. Lo anterior, en cumplimiento de las directrices impartidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Afirmó que el trabajo ordinario en días dominicales y festivos para quienes laboraran en forma habitual y permanente en sistema de cuadro de turnos establecido, debía reconocerse de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, esto es, con el doble del valor de un día de trabajo, entendiéndose incluido el día de descanso compensatorio en el sistema de cuadro de turnos.

- e) El 8 de agosto de 2018, el presidente de SINBOMAEJE elevó memorial a la Dirección Territorial de Caldas del Ministerio del Trabajo²⁰, manifestando la existencia de una intermediación laboral ilegal del Cuerpo de Bomberos Voluntarios en contratos de prestación de servicios con el Municipio de

²⁰ Páginas 2 a 4 del archivo nº 007 del cuaderno 1 del expediente digital.

Manizales.

- f) Mediante Oficio nº S.S.A. 241 GED33063-18 del 23 de agosto de 2018²¹, el secretario de despacho del Municipio de Manizales respondió petición elevada por el presidente de SINBOMAEJE, informándole la escala salarial de la planta de cargos del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, los gastos de funcionamiento de éste, los valores del presupuesto asignado y la planta de cargos.
- g) El 30 de agosto de 2018, el presidente de SINBOMAEJE elevó petición al alcalde del Municipio de Manizales²², tendiente a que se le entregara copia del contrato y/o convenio con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios para implementar el cuarto turno, el presupuesto para contratar a dicho personal y el manual de funciones, entre otros.
- h) Con ocasión del memorial presentado por el presidente de SINBOMAEJE a la Dirección Territorial de Caldas del Ministerio del Trabajo, el 6 de septiembre de 2018 la Inspectora de Trabajo y Seguridad Social le comunicó al alcalde de Manizales que se había iniciado averiguación preliminar para verificar el cumplimiento de las normas laborales, y le corrió traslado de la queja para que se pronunciara frente a ésta²³.
- i) El 25 de septiembre de 2018, el señor Carlos Arturo Hernández Londoño, en calidad de sargento de bomberos, presentó petición ante el Municipio de Manizales²⁴, con el fin que le fuera informado cuál era su jornada laboral semanal y mensual.
- j) Por Oficio nº SSA-GH-0976 del 1º de octubre de 2018²⁵, la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales respondió petición elevada por el señor Carlos Arturo Hernández Londoño, informándole que de conformidad con el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978, los funcionarios que laboraran en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales debían hacerlo ordinariamente por el sistema de turnos, tal como se dispuso en el Decreto nº 0315 de 2018, esto es, 24 horas de servicio por 72 horas de descanso semanales.
- k) Con Circular nº 011 del 28 de noviembre de 2018²⁶, la Secretaría de Servicios Administrativos – Unidad de Gestión Humana del Municipio de

²¹ Archivo nº 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Páginas 15 y 16 del archivo nº 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³ Páginas 27 y 32 del archivo nº 034 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴ Página 19 del archivo nº 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Página 21 del archivo nº 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Página 1 del archivo nº 007 del cuaderno 1 del expediente digital.

Manizales reiteró al comandante y subcomandante del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, que con el Decreto n° 0315 del 5 de junio de 2018, modificado por el Decreto n° 0379 del 25 de junio de 2018, la jornada laboral era por el sistema de cuadro de turnos rotativos de 24 horas de servicios por 72 horas de descanso, en jornada ordinaria de 190 horas al mes, para efectos de liquidación de prestaciones. Les señaló que todos los funcionarios debían cumplir dicha jornada ordinaria.

- l) A través de Decreto n° 0763 del 10 de diciembre de 2018²⁷, el alcalde del Municipio de Manizales creó 26 cargos de bomberos, código 475, grado 01, adscritos a su despacho – Unidad de Gestión del Riesgo – Cuerpo Oficial de Bomberos. Lo anterior, con fundamento en estudio técnico adelantado que arrojó como resultado la necesidad de crear más empleos de dicha naturaleza para mejorar los niveles de eficacia, eficiencia y celeridad.
- m) Mediante Resolución n° 6 del 9 de enero de 2019²⁸, la Dirección Territorial de Caldas del Ministerio del Trabajo archivó la averiguación preliminar adelantada contra el Municipio de Manizales en razón de la queja presentada por el presidente de SINBOMAEJE. Se consideró que no existía intermediación laboral ya que la entidad territorial estaba facultada para contratar con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios para el proceso de gestión del riesgo, y además los trabajadores de la entidad se encontraban recibiendo sus salarios y prestaciones sociales, sin que se vislumbrara afectación alguna de sus derechos como trabajadores.
- n) El 30 de mayo de 2019, el Municipio de Manizales y el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales suscribieron contrato n° 1905300444²⁹, por valor de \$708'000.000, con el fin que 43 unidades bomberiles voluntarias presten apoyo en las labores de prevención y atención de emergencias de origen natural, antrópico y/o tecnológico que ocurran en la entidad territorial.

En la parte motiva de dicho acuerdo se indicó que desde el año 2017 la entidad territorial ha implementado el cuarto turno para el Cuerpo Oficial de Bomberos, lo que quedó regulado en el Decreto n° 0315 de 2018, requiriéndose para ello mayor capacidad operacional, esto es, aumentar el número de unidades bomberiles.

- o) De conformidad con certificación del 27 de agosto de 2019 expedida por la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales³⁰, el personal

²⁷ Archivo n° 029 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Archivo n° 035 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁹ Páginas 1 a 18 del archivo n° 030 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁰ Página 5 del archivo n° 034 del cuaderno 1 del expediente digital.

operativo que labora en el Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales cumple una jornada de turnos de 24 horas por 72 horas de descanso, es decir, que trabajan un promedio de 8 días mensuales.

En la referida certificación se informa que cuando se sobrepasan las 190 horas mensuales laboradas, se les paga lo correspondiente a horas extras; y que cuando en la programación del cuadro de turnos deben laborar horas dominicales o festivas se les cancela el doble del valor de cada hora laborada más el día que está incluido en el sueldo mensual. Lo anterior, de conformidad con el Decreto 1042 de 1978.

Se precisó en la certificación lo que devenga un bombero mensualmente por laborar 8 días en julio 2019, allegando el respectivo comprobante de nómina³¹, así:

CASTAÑO GONZÁLEZ YONNY ARTURO – CARGO: BOMBERO		
DESCRIPCIÓN CONCEPTO	CANTIDAD	DEVENGOS
Sueldo Básico	30	\$1'512.916
Auxilio de Transporte	0	\$97.032
Subsidio de Alimentación	0	\$62.878
Hora Dominicales Alcaldía	28	\$445.912
Hora Extra Diurna	12	\$119.441
Hora Extra Nocturna	24	\$334.434
TOTAL		\$2'572.613

2. Normativa que regula la jornada laboral de los empleados públicos del orden territorial

La jornada de trabajo en el sector público ha sido entendida por la jurisprudencia³² como “(...) *aquel periodo de tiempo establecido por autoridad competente dentro del máximo legal, durante el cual los empleados deben cumplir las funciones previamente asignadas por la Constitución, la Ley o el reglamento. Su duración dependerá de las funciones impuestas y las condiciones en que deban ejecutarse*”.

Tal como lo ha reiterado la Sección Segunda del Consejo de Estado en varios

³¹ Página 7 del archivo nº 034 del cuaderno 1 del expediente digital.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 12 de febrero de 2015. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13).

de sus pronunciamientos³³, la jornada ordinaria de trabajo de los empleados públicos del orden territorial está gobernada por lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978 que, si bien es aplicable a los empleados públicos del orden nacional, sus efectos se extienden también a los del orden territorial por disposición del artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y del artículo 87 de la Ley 443 de 1998³⁴.

Teniendo claro la norma aplicable en relación con la jornada laboral de los empleados públicos de orden territorial, debe indicarse que de conformidad con el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, ésta fue prevista en 44 horas semanales, así:

ARTICULO 33. DE LA JORNADA DE TRABAJO. *La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas*

Dentro del limite (sic) máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto

³³ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: **i)** 17 de abril de 2008 (radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06), Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren); **ii)** 25 de octubre de 2012 (radicación número: 05001-23-31-000-2003-00030-01(0051-12), Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila); **iii)** 12 de febrero de 2015 (radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve); **iv)** 1º de febrero de 2018 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00004-01(4150-15), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez); **v)** 19 de febrero de 2018 (radicación número: 25000-23-25-000-2011-00611-01(3709-15), Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés); **vi)** 24 de octubre de 2019 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00491-01(4734-2013), Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez); **vii)** 1º de septiembre de 2022 (radicación número: 25000-23-42-000-2019-01630-01(3112-2021), Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter); y **viii)** 3 de octubre de 2022 (radicación número: 25000-23-42-000-2016-01466-01(5538-2018), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez).

³⁴ En las providencias del 1º de febrero de 2018 y del 24 de octubre de 2019 referidas en la anterior nota al pie, el Consejo de Estado ha precisado que el Decreto 1042 de 1978 es la norma que rige la jornada de trabajo para los empleados públicos del orden territorial porque:

“(i) El artículo 2 de la Ley 27 de 1992 y el artículo 87 de la Ley 443 de 1998 hicieron extensivas a las entidades territoriales las disposiciones que regulan «el régimen de administración de personal» contenido en ellas y en los Decretos Leyes 2400 y 3074 de 1968, sus decretos reglamentarios y las normas que las modifiquen o adicionen.

(ii) El concepto de «régimen de administración de personal» incluye el concepto de «jornada de trabajo» que reguló el Decreto 1042 de 1978 luego este se constituye en una adición del Decreto 2400 de 1968 y;

(iii) El artículo 3 de la Ley 6ª de 1945 solo es aplicable a los trabajadores oficiales”.

para las horas extras.

Ha precisado el Consejo de Estado³⁵ que del texto de la referida norma se extrae lo siguiente: “(i) La jornada de trabajo para los empleados públicos es de cuarenta y cuatro (44) horas semanales con la excepción para los que cumplan funciones discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia, en cuyo caso la jornada es especial de doce horas diarias, sin exceder el límite de 66 horas semanales; (ii) con base en dicha jornada debe fijarse el horario de trabajo y; (iii) se compensa la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras, salvo que exceda la jornada máxima semanal”.

En los eventos en los que se excede la jornada ordinaria de trabajo, el mismo Decreto 1042 de 1978 prevé la remuneración por trabajo complementario, y que el Consejo de Estado³⁶ concretó de la manera que se indica en seguida:

Pagos por trabajo complementario de acuerdo con el Decreto 1042 de 1978			
Decreto 1042 de 1978	Jornada laboral	Recargo a pagar adicional a la asignación mensual por exceder la jornada ordinaria laboral (44 horas semanales)	Excepción y límites
Artículo 34	Ordinaria nocturna. El horario que comprende es de 6 p.m. a 6 a.m.	35%	Sin perjuicio de quienes por un régimen especial trabajen por el sistema de turnos.
Artículo 35	Jornada mixta. Se cumple por el sistema de turnos. Incluye horas diurnas y nocturnas. Por estas últimas se	35% o descanso compensatorio	Sin perjuicio de lo dispuesto para los funcionarios que trabajen ordinariamente por el sistema de turnos.

³⁵ En punto a este tema pueden consultarse las siguientes sentencias: **i)** 1º de febrero de 2018 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00004-01(4150-15), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez); y **ii)** 24 de octubre de 2019 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00491-01(4734-2013), Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

³⁶ Así lo hizo en las siguientes sentencias: **i)** 1º de febrero de 2018 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00004-01(4150-15), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez); y **ii)** 24 de octubre de 2019 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00491-01(4734-2013), Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez).

	paga el recargo (nocturno, pero podrán compensarse con períodos de descanso).		
Artículo 36	Horas extra diurnas. Trabajo en horas distintas de la jornada ordinaria. Debe ser autorizada por el jefe inmediato.	25% o descanso compensatorio.	No puede exceder de 50 horas mensuales. Si sobrepasa este límite se reconoce descanso compensatorio (un día de trabajo por cada 8 horas extras trabajadas). Conforme el artículo 13 del Decreto Ley 10 de 1989, tienen derecho a este los empleados del nivel Operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 098 (sic) del nivel técnico.
Artículo 37	Horas extra nocturnas. Trabajo desarrollado por personal diurno (6 p.m. a 6 a.m.)	75% de la asignación mensual.	Igual que en el cuadro anterior referente al artículo 36.
Artículo 39	Trabajo ordinario domingos y festivos. Cuando se labora de forma habitual y permanentemente los días dominicales o festivos.	La remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo, más el disfrute de un día de descanso compensatorio.	

3. La jornada laboral de los empleados del Cuerpo Oficial de Bomberos

En relación con este tema, la Sección Segunda del Consejo de Estado³⁷ ha explicado que inicialmente dicha Corporación consideró que los bomberos no tenían derecho al pago de tiempo suplementario de trabajo, teniendo en cuenta que tales servidores estaban obligados a contar con disponibilidad permanente para atender eficiente y eficazmente el servicio público asignado, por lo cual, quien ingresaba a la administración pública en esta clase de labor, se entendía que aceptaba las reglamentaciones que sobre el particular tuvieran las entidades, de manera que no existía la posibilidad de reclamar horas extras, dominicales, festivos, recargos nocturnos o compensatorios, porque dicho personal no estaba sujeto a una jornada ordinaria de trabajo, sino a una jornada especial regulada por el ente empleador. En consecuencia, se estimaba que la jornada de 24 horas desarrollada por los servidores del cuerpo de bomberos, se ajustaba a las previsiones del parágrafo 1º del artículo 3 de la Ley 6ª de 1945, ya que era una jornada de trabajo máxima, especial y excepcional, que comprendía un lapso de trabajo diurno y otro nocturno y con fundamento en ello no resultaba procedente el reconocimiento del trabajo suplementario.

Sin embargo, como lo ha precisado igualmente el Alto Tribunal³⁸, dicho criterio varió desde el año 2008³⁹, acogándose como nueva postura jurisprudencial la referente a que si bien el trabajo desarrollado por el personal de bomberos tiene una jornada excepcional por la actividad ejercida que puede ser regulada en 24 horas diarias, tal situación no podía desconocer el derecho al reconocimiento del trabajo suplementario, puesto que ello vulnera el principio de igualdad en relación con otros empleados que realizan funciones menos riesgosas.

En ese sentido, se determinó que la entidad a la cual se encuentre vinculado el personal del cuerpo oficial de bomberos puede, mediante el respectivo acto administrativo, fijar la jornada especial de trabajo de aquel, debiendo: **i)** señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar la aludida jornada; y **ii)** establecer el pago salarial bajo los parámetros previstos por el Decreto 1042 de 1978, es decir, ceñirse a lo que esta norma prevé sobre jornada

³⁷ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias: **i)** 12 de febrero de 2015 (radicación número: 25000-23-25-000-2010-00725-01(1046-13), Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve); **ii)** 1º de febrero de 2018 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00004-01(4150-15), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez); **iii)** 19 de febrero de 2018 (radicación número: 25000-23-25-000-2011-00611-01(3709-15), Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés); **iv)** 24 de octubre de 2019 (radicación número: 25000-23-25-000-2012-00491-01(4734-2013), Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez); y **v)** 3 de octubre de 2022 (radicación número: 25000-23-42-000-2016-01466-01(5538-2018), Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez).

³⁸ Ver nota al pie anterior.

³⁹ Con sentencia del 17 de abril de 2008 (radicación número: 66001-23-31-000-2003-00041-01(1022-06)), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

máxima laboral, regulación de las jornadas mixtas y salario del trabajo suplementario.

Igualmente se definió que en caso de no existir tal régimen o que, existiendo, el mismo no cumpla los parámetros mencionados, la situación de los servidores públicos de los cuerpos de bomberos debe regirse por el Decreto 1042 de 1978, que implica que toda labor realizada en exceso de las 44 horas semanales constituye trabajo suplementario, el cual debe ser remunerado en las condiciones previstas en la norma referida, puesto que el régimen especial no puede ir en detrimento de las normas laborales generales y de los derechos irrenunciables de los trabajadores.

4. Examen del caso concreto

Atendiendo lo expuesto hasta este momento, la Sala pasa a examinar los argumentos de la parte recurrente, tendientes a que en esta instancia se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se declare la nulidad del acto demandado.

4.1 Afectación de derechos laborales

Adujo la parte recurrente que el acto demandado afectó derechos emanados de la jornada laboral mínima y máxima permitidas, tales como el mínimo vital y móvil y la condición más beneficiosa para el trabajador, en tanto los turnos establecidos desconocen la naturaleza de servicio público esencial que le asigna la Ley 1575 de 2012 a la labor de los Cuerpos Oficiales de Bomberos, que por esencia es permanente, continua e indelegable; al tiempo que se afecta de manera directa el salario de los integrantes del Cuerpo Oficial de Bomberos, teniendo en cuenta la diferencia salarial y prestacional que se genera con los turnos de 24/72 y no de 24/48.

Lo primero que ha de precisar esta Corporación es que no advierte que el establecimiento de turnos rotativos para el personal del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales genere un desconocimiento de la naturaleza del servicio público esencial que le asigna la Ley 1575 de 2012, que exige la continuidad y permanencia.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que para tener mayor capacidad operacional y continuar prestando el servicio público esencial requerido, el alcalde del Municipio de Manizales creó 26 cargos más de bomberos (Decreto nº 0763 del 10 de diciembre de 2018), y acordó con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales (contrato nº 1905300444 del 30 de mayo de 2019), recibir apoyo de 43 unidades bomberiles voluntarias en las labores de prevención y atención de

emergencias de origen natural, antrópico y/o tecnológico que ocurran en la entidad territorial.

En ese sentido, no puede afirmarse que las horas de descanso del Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales, establecidas justamente para que los integrantes de éste puedan, conforme lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-710 de 1996, “(...) *recuperar las energías gastadas en la actividad que desempeña, proteger su salud física y mental, el desarrollo de la labor con mayor eficiencia, y la posibilidad de atender otras tareas que permitan su desarrollo integral como persona*”, afectan la gestión integral de riesgo contra incendio y otros eventos a cargo de las instituciones bomberiles.

En lo que respecta a la supuesta afectación del mínimo vital y móvil por modificación del salario y de las prestaciones sociales, este Tribunal tampoco encuentra que ello se produzca con ocasión de la expedición del acto administrativo demandado, ya que con éste no se está alterando la escala salarial y prestacional de los funcionarios del Cuerpo Oficial de Bomberos. Por lo contrario, y de acuerdo con certificación del 27 de agosto de 2019 expedida por la Unidad de Gestión Humana del Municipio de Manizales y comprobante de nómina, se advierte que el personal bomberil percibe el mismo sueldo básico mensual, más auxilio de transporte y subsidio de alimentación, así como el pago por el correspondiente trabajo suplementario a las 190 horas mensuales.

La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al mínimo vital como “(...) *la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional*”⁴⁰. En ese sentido, como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia T-045 de 2022, el mínimo vital constituye un presupuesto esencial “*para el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales de la persona*”⁴¹ y (...) *una salvaguarda de las condiciones básicas de subsistencia, puesto que sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales*”⁴² *de subsistencia del individuo*”⁴³.

Con base en lo expuesto, no advierte entonces este Tribunal que el acto atacado vulnere el derecho al mínimo vital y móvil de quienes hacen parte del

⁴⁰ Sentencia T-678 de 2017.

⁴¹ Cita de cita: Sentencia T-772 de 2003.

⁴² Cita de cita: Sentencias T-818 de 2000, T- 651 de 2008 y T-738 de 2011.

⁴³ Cita de cita: Sentencias T-651 de 2008 y T-678 de 2017.

Cuerpo Oficial de Bomberos de Manizales.

De otra parte y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado citada en esta sentencia en relación con este tema, esta Sala debe precisar que el alcalde de la entidad territorial sí se encontraba facultado para fijar el sistema de turnos de la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos, atendiendo los parámetros previstos por el Decreto 1042 de 1978, no sólo en lo que respecta a la jornada laboral sino específicamente frente a la remuneración del trabajo suplementario.

En ese sentido, compensar el 35% de recargo por el tiempo de servicio prestado en horario nocturno, con períodos de descanso, no es ilegal como lo sugiere la parte recurrente, sino que está expresamente permitido por el artículo 35 del Decreto 1042 de 1978; de manera que no puede sostenerse que dicha conducta constituye una desmejora en cuanto al ingreso que venían percibiendo los integrantes del Cuerpo Oficial de Bomberos.

4.2 Desconocimiento de precedente vertical frente a lo que debe contener el acto administrativo que establezca la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos

Expuso la parte recurrente que la Juez de primera instancia desconoció varias sentencias del Consejo de Estado en las que se indicó que el acto administrativo que expediera la entidad territorial para establecer la jornada especial de trabajo para los bomberos debía señalar la necesidad, oportunidad y conveniencia de aplicar la aludida jornada; lo cual no ocurrió en el caso concreto, pues en los considerandos del Decreto nº 0315 de 2018 no se justificó el cambio de jornada.

Contrario a lo afirmado por la parte actora, el Tribunal observa que en el acto atacado sí se sustenta el cambio de la jornada laboral de los bomberos, en el sentido de aplicar correctamente lo dispuesto en el Decreto 1042 de 1978, atendiendo varios pronunciamientos del Consejo de Estado sobre la materia, así como evitar condenas judiciales que afecten el presupuesto de la entidad territorial al no tener plenamente establecido el sistema de turnos. Adicionalmente se sostuvo que el cuadro de turnos permitiría al funcionario tener un mayor descanso, mejorando la calidad de vida para éste y su familia, así como una oportuna, eficiente y eficaz prestación del servicio a la comunidad.

4.3 Alteración de la jornada laboral del Cuerpo Oficial de Bomberos

Adujo la parte recurrente que aunque el sistema de turnos establecido en el acto demandado no sobrepasa la jornada máxima laboral permitida de 44 horas, lo cierto es que sí altera la jornada laboral, en la medida en que hay por lo menos dos semanas del mes en las que la carga laboral es de sólo 24 horas, en contravía de lo previsto por el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978. Añadió que como la asignación básica es la contraprestación por 44 horas de servicio en la semana, al no permitirse que el trabajador labore esas 44 horas, se está alterando la asignación básica y, con ello, se está modificando el régimen salarial del servidor público.

Al respecto, esta Corporación debe explicar que la asignación básica está fijada de manera mensual para las 190 horas mensuales que son el resultado de multiplicar justamente el tope de 44 horas semanales por las 52 semanas que tiene el año⁴⁴ y dividir entre 12 que son los meses del año. O lo que es lo mismo, dividir las 52 semanas que tiene el año por 12 meses, para obtener 4.33 semanas del mes que, multiplicadas por 44 horas semanales, arrojan las 190 horas laborales al mes, de acuerdo con la jornada laboral señalada en el Decreto 1042 de 1978.

Revisado el acto demandado, se observa que con los turnos fijados en el mismo el Municipio de Manizales buscó cumplir el tope de las 190 horas mensuales conforme al Decreto 1042 de 1978; sin perjuicio de lo cual el total de horas laboradas se sobrepasan por 2 horas mensuales, objeto obviamente de la respectiva remuneración por trabajo suplementario.

Para llegar a la conclusión que con los turnos establecidos no se cumplen las 190 horas mensuales, la parte recurrente sostiene que no pueden computarse los turnos dominicales y festivos. No obstante esta afirmación, la Sala observa que el trabajo ordinario en esos días fue regulado de manera expresa por el artículo 39 del Decreto 1042 de 1978, señalando una remuneración diferente, equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.

En ese sentido, dado que a los bomberos, por la especialidad de su función y de acuerdo con el sistema de turnos asignado, les corresponde prestar sus servicios habitualmente en domingos y festivos, aquellos completarían incluso más de las 190 horas mensuales, recibiendo la correspondiente remuneración por el trabajo suplementario.

4.4 Tercerización de empleos misionales

⁴⁴ Resultado de dividir los 360 días del año por 7 días de la semana.

Sostuvo la parte demandante que con la reducción ilegal de costos obtenida por la entidad al disminuir el pago de horas extras, contrató bomberos voluntarios, esto es, tercerizó empleos misionales, lo cual resulta contrario a la moralidad administrativa.

Al respecto, este Tribunal considera que el mismo artículo 2º de la Ley 1575 de 2012 es el que autoriza que la prestación de este tipo de servicio público esencial puede realizarse en forma directa no sólo a través de los cuerpos de bomberos oficiales, sino también de los bomberos voluntarios.

Ahora bien, no existe prueba en el expediente acerca de que la finalidad del establecimiento de turnos hubiese sido la contratación realizada con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Manizales, por lo que esta Sala no puede dar por acreditada una desviación de poder sólo con fundamento en la existencia de un contrato cuya legalidad no es objeto de discusión en este proceso judicial.

4.5 Desviación de poder en la expedición del acto

Alegó la parte actora en su recurso que a diferencia de lo estimado por la Juez de primera instancia, en este caso sí se advierte la configuración de una desviación de poder, ya que, de un lado, las 190 horas mensuales mencionadas por el Consejo de Estado fueron sólo para establecer el valor de la hora de trabajo, pero nunca para modificar el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978 respecto de las 44 horas a la semana, y de otro, limitó el reconocimiento y pago de las horas extras sólo a los empleados del nivel asistencial hasta el grado 19 y del nivel técnico hasta el grado 9, como si se tratara de empleados del orden nacional.

La desviación de poder se configura cuando una autoridad investida de una atribución determinada, la ejerce no para obtener los fines que la ley persigue y quiere con aquélla, sino que su actuación se orienta a la consecución de un fin diferente y contrario a la ley. En otras palabras, quien expide el acto administrativo lo hace dentro de sus atribuciones legales, con sujeción a las formas prescritas por las normas superiores, pero al proferirlo tiene en mira motivos distintos de aquellos para los cuales le fue conferido el poder; la intención del funcionario al expedir el acto administrativo demandado no coincide con el motivo expreso o tácito en la norma atributiva de la competencia.

En ese sentido, se ha afirmado por la doctrina que, la configuración de esta causal de nulidad reviste un alto grado de dificultad, por cuanto tal figura

requiere de un estudio subjetivo, casi podría decirse que se trata de una penetración psicológica en la mente del funcionario, para identificar realmente la intención o motivo que abrigó al momento de expedir el acto administrativo; por ende, es imprescindible que quien alega tal vicio de nulidad deba aportar al proceso todos los elementos directos o indirectos que demuestren **fehacientemente** el interés particular o malintencionado que motivó la expedición del acto acusado.

Este Tribunal considera que los argumentos expuestos por la parte actora no constituyen o acreditan de manera alguna la configuración de una desviación de poder, pues no se demuestra en el proceso que el alcalde de Manizales hubiese tenido una finalidad diametralmente opuesta a la ley.

En efecto, en relación con las 190 horas mensuales, como se explicó anteriormente, el Municipio de Manizales buscó cumplir el tope previsto por el Decreto 1042 de 1978; reconociendo en todo caso la correspondiente remuneración por el trabajo suplementario no sólo frente a las horas que exceden dicha jornada y los recargos nocturnos, sino también por los dominicales y festivos que por la especialidad de la función que deben cumplir los bomberos, son laborados por éstos de manera ordinaria y habitual.

Respecto de las horas extras, se advierte que el acto acusado no determinó qué empleados podían o no acceder a las mismas, sino que simplemente se limitó a precisar las directrices que sobre el particular impartió el Departamento Administrativo de la Función Pública.

4.6 Falsa motivación

Insistió la parte actora en que el acto se encuentra falsamente motivado, habida cuenta que en el mismo se citó de manera sesgada dos fallos del Consejo de Estado para deducir que existe un tope de 190 horas mensuales para los bomberos, pese a que dicho factor sólo fue utilizado por el Alto Tribunal para establecer el valor de la hora. Añadió que incluso con los turnos asignados no se cumplirían esas 190 horas mensuales.

Sostuvo además que hay falsa motivación cuando el alcalde pretende someter a los bomberos oficiales a completar esas 190 horas con 2 turnos dominicales, desconociendo que tanto el turno dominical como el festivo no hacen parte de la jornada de trabajo, es decir, que no se computan para las 44 horas semanales.

Los motivos de un acto administrativo son los antecedentes de hecho y de

derecho que conducen a la expedición del mismo, esto es, son las circunstancias que llevan a la administración, en este caso, al Concejo del Municipio de Manizales, a expresar su voluntad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁵ ha precisado que la falsa motivación de un acto administrativo se genera cuando: **i)** se presente inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública⁴⁶; **ii)** los supuestos de hecho indicados en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas; **iii)** el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen; y **iv)** los motivos que sirven de fundamento al acto no justifican la decisión.

Revisado el acto administrativo demandado, en concordancia con los pronunciamientos del Consejo de Estado que allí se citan, esta Sala considera que no se configura una falsa motivación, pues efectivamente, las 190 horas mensuales a que alude el Alto Tribunal son la consecuencia de laborar las 44 horas semanales que dispone el Decreto 1042 de 1978 como jornada ordinaria laboral.

En lo que respecta a la improcedencia de computar turnos dominicales y festivos en las 44 horas semanales, la Sala se remitirá a lo ya señalado sobre el particular en acápite precedente.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Sala de Decisión considera que la parte actora no acreditó la configuración de vicios de nulidad que permitan revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar la nulidad del acto atacado, como se pretende. En ese sentido, el fallo recurrido será confirmado.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, adicionado

⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Radicación número: 63001-23-31-000-2000-01156-01(27776).

⁴⁶ Parte de la doctrina ha considerado que la inexistencia de fundamento fáctico y jurídico o de derecho que sustente el acto administrativo corresponde a la falta de motivación y no a la falsa motivación. No obstante lo anterior, también se ha estimado que dado que la Administración incurre en falacia al aparentar una realidad inexistencia, se configura una falsa motivación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de febrero de 2009, expediente 15.797).

por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no procede condena en costas en este asunto, por tratarse de un proceso en el que se ventila un interés público.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, con la cual se negaron las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad promovido por el **Sindicato de Bomberos de Manizales y Eje Cafetero (SINBOMAEJE)** y la **Asociación Sindical de Bomberos y Empleados de Caldas (ASSINBOMENC)** contra el Municipio de Manizales.

Segundo. SIN COSTAS, por expresa disposición legal.

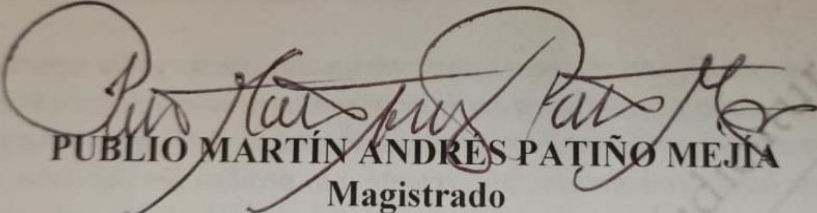
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Maqistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 187

FECHA: 23/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-33-39-006-2022-00150-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DARLING DE JESUS MOLINARES GUERRERO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 22 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

Solicitó la parte demandante:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM. 399 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021, expedido por CARMENZA QUINTERO TORRES profesional universitaria de nómina, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021

2. Declarar que mi representado (a) tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS de

manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

2. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y

siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS (...)”.

HECHOS

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Decreto 1582 de 1998, artículos 1 y 2.

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: conforme a la constancia secretarial del juzgado de conocimiento la parte demandada guardó silencio.

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

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo

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

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 22 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que, la jurisprudencia citada por la parte actora, sentencia SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la

Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

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

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLÁRESE PROBADA la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION” propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por el señor **DARLING DE JESÚS MOLINARES GUERRERO** en contra del **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

TERCERO: RECONOCESE personería jurídica para actuar a la abogada **CATALINA CELEMIN CARDOSO**, identificada con C.C. No. 1.110.453.991 y T.P. No. 201.409 del C.S. de la J, y al abogado **MARÍA PAZ BASTOS PICO**, identificada con C.C. No. 1.110.453.991 T.P. No. 201.409 del C.S. de la J, para actuar en representación de la **NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN (FOMAG)**, conforme con el poder y la sustitución al mismo obrante en el PDF 028 del Expediente Digital.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia. **LIQUÍDENSE** los gastos ordinarios del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema “Justicia Siglo XXI”.

SEXTO: NOTIFÍQUESE conforme al artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #16 del expediente de primera instancia.

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien

tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

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

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

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

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

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

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de*

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 04, dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, el FNPSM se pronunció en los siguientes términos:

1. La ley 50 de 1990 es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FNPSM quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FNPSM son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FNPSM.
3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FNPSM.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FNPSM son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de "empleador", existiendo falta de legitimidad por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías" debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FNPSM la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación "intereses a las cesantías" debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FNPSM se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como "que el mismo elija", es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FNPSM, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Finalmente solicita se confirme el fallo de primera instancia mediante el cual se niegan las pretensiones de la actora.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.261.345 e intereses a las cesantías por \$780.952, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 14 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

Marco normativo

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

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

[...]

1. CESANTÍAS:

A. *Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se

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

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

encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

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

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

Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial 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 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.*

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del*

Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento

para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala,

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

⁴ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

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

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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

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

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

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

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	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%

año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840
------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

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

En reciente jurisprudencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023 el Consejo de Estado¹¹ se unificó el criterio sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a los docentes afiliados al FNPSM en los siguientes términos:

2.4.4. Regla jurisprudencial

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ C.E.; Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección Segunda; Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitres (2023); Radicación: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022); Temas: Sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Indemnización de la Ley 52 de 1975. Régimen de cesantías docentes oficiales Ley 91 de 1989.

156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.

157. Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

158. En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

159. En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.

160. Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161. Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU-573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías.

Por último. En reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado No 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), el Consejo de Estado concluyó sobre el tema de intereses de cesantías aquí reclamado, que el sistema de liquidación anualizada de cesantías que administra el FOMAG, es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En dicha sentencia se fijó como regla de unificación lo siguiente:

Primero. – Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

[...]

Cuarto. – Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

Caso bajo estudio

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que,

acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

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

Conclusión

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

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

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 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada 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, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por **DARLING DE JESUS MOLINARES GUERRERO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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 agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016


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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de octubre de 2023 conforme acta nro. 065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-33-39-006-2022-00344-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	IVETH ZULEMA COLORADO LEÓN
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el día 31 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

Solicitó la parte demandante:

1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 24 de noviembre del 2021, por no dar respuesta a petición presentada al departamento de Caldas, el día 24 de agosto 2021, mediante el cual se solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021 fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que mi presentado (a) tiene derecho a que la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial SECRETARIA DE EDUCACION DEPARTAMENTO DE CALDAS, de

manera solidaria, le reconozcan y paguen la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la INDEMNIZACIÓN, que por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentran establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

2. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

3. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el

artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS (...)”.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 24 de agosto de 2021 el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, petición resuelta de manera negativa mediante el acto administrativo demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

Decreto 1582 de 1998, artículos 1 y 2.

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestó que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 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*" expedido por el Consejo Directivo del FNPSM. Precizando como relevante que, tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FNPSM es mucho más beneficioso que el de los demás

trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Aduce que los intereses de las cesantías de los docentes fueron liquidadas conforme al régimen y procedimiento especial establecido en el Acuerdo No. 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*" expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, pretendiéndose por el apoderado judicial de los demandantes que, a los docentes se le aplique un esquema normativo que les resulta mucho menos beneficioso que el de su régimen especial.

Así mismo indicó que, a diferencia de lo dispuesto para los Fondos Privados de Cesantías y del Fondo Nacional del Ahorro, el esquema de manejo de las cesantías de los docentes del FNPSM tiene vedada la posibilidad de aperturar cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo cuenta, la cual surge a partir de lo dispuesto por el propio legislador en las normas vigentes que gobiernan su funcionamiento y segundo, los valores que corresponden a las cesantías no se consignan, sino que ya están presupuestados y trasladados al fondo, desde el primer mes de cada vigencia.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FNPSM, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FNPSM se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FNPSM.

3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FNPSM, la imposibilidad se extiende a la figura de la "consignación de cesantías". En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.

4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FNPSM, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FNPSM, de contera se descarta algún tipo de sanción. En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó "*Ineptitud* de la demanda por falta de requisitos formales" e "*Inexistencia de la obligación*".

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

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

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 31 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”* declaró su exequibilidad.

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

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

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: PRIMERO: DECLÁRASE LA EXISTENCIA del acto administrativo ficto generado con ocasión de la petición radicada por la accionante el 24 de agosto del 2021 acto mediante el cual el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** negaron el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, a la señora **IVETH ZULEMA COLORADO LEÓN**.

SEGUNDO: DECLÁRENSE PROBADAS la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION CON FUNDAMENTO EN LA LEY” propuesta por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION” propuesta por la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora **IVETH ZULEMA COLORADO LEÓN** en contra del **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia. **LIQUÍDENSE** los gastos ordinarios del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema “Justicia Siglo XXI”.

QUINTO: NOTIFÍQUESE conforme al artículo 203 de la Ley 1437 de 2011.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #16 del expediente de primera instancia.

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

consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente

realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

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

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

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

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

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la*

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial obrante en PDF nro. 21, dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, el FNPSM se pronunció en los siguientes términos:

1. La ley 50 de 1990 es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FNPSM quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
2. Las cesantías de los docentes afiliados al FNPSM son prepagadas al fondo mediante el descuento mensual en el presupuesto nacional de los recursos que van a ingresar de la nación a las entidades territoriales, así mismo, se garantizan con el giro anual que hace Ministerio de Hacienda de los recursos que están en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (FONPET) perteneciente a cada entidad territorial al FNPSM.
3. Existe una imposibilidad operativa de que exista sanción mora por consignación tardía, si al 31 de diciembre de cada vigencia los recursos que garantizan la totalidad de cesantías de los docentes ya se encuentran girados al FNPSM.

4. Los empleadores de los docentes afiliados al FNPSM son las entidades territoriales de conformidad con las normas citadas anteriormente, en ese sentido, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de "empleador", existiendo falta de legitimidad por pasiva.

5. Las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la "consignación de cesantías", únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente la actividad operativa de "liquidación del valor de las cesantías" debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

6. De aplicar a los docentes afiliados al FNPSM la Ley 52 de 1975, se desmejorarían sus condiciones respecto de la prestación "intereses a las cesantías" debido a que las condiciones dadas por su régimen especial son más favorables que las otorgadas para el régimen general, debido a que la liquidación de intereses para los docentes afiliados al FNPSM se realiza sobre el total del saldo acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

7. Respecto a la posibilidad del trabajador de escoger el fondo de cesantías que en la norma en cita se describe como "que el mismo elija", es un hecho de imposible aplicación porque todos los docentes oficiales por norma especial deben ser afiliados al FNPSM, por lo tanto, no hay escogencia de fondo por parte de los docentes.

8. Lo pretendido por el demandante es la transgresión del principio de inescindibilidad esto es, la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia, infracción prohibida en la ley y la jurisprudencia.

Finalmente solicita se confirme el fallo de primera instancia mediante el cual se niegan las pretensiones de la actora.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.261.345 e intereses a las cesantías por \$780.952, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 24 de agosto de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

Marco normativo

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

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

(...)

1. CESANTÍAS:

A. *Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.*

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se

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

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

encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.*

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

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

Parágrafo 1º. *El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial 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.*

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

ARTICULO CUATRO: *El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a la Entidad Fiduciaria*

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

Lo expuesto denota que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

⁴ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

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

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

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

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

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre

*el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.*

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

En reciente jurisprudencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023 el Consejo de Estado¹¹ se unificó el criterio sobre el reconocimiento de la sanción moratoria a los docentes afiliados al FNPSM en los siguientes términos:

2.4.4. Regla jurisprudencial

156. De acuerdo con todo lo expuesto en precedencia, se establece que las leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, así como sus decretos reglamentarios no extendieron la sanción moratoria causada por la falta de consignación del auxilio de cesantías a los docentes afiliados al FOMAG y regulados por la Ley 91 de 1989 y, en todo caso, es incompatible con el sistema que prevé la sanción moratoria por la consignación tardía del auxilio en las AFP, comoquiera que se trata de un sistema especial que establece unas normas acordes con su funcionamiento.

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ C.E.; Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección Segunda; Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023); Radicación: 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022); Temas: Sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Indemnización de la Ley 52 de 1975. Régimen de cesantías docentes oficiales Ley 91 de 1989.

157.Sin embargo, en el evento en que la entidad territorial haya omitido afiliarlo al FOMAG el docente estatal no se beneficiaría de aquellas, entre ellas, el reconocimiento de los intereses a las cesantías sobre el saldo total, en la medida en que este no existiría, de modo que le reportaría mayor utilidad las garantías de la Ley 50 de 1990 con fundamento en el cual tendría derecho a la sanción moratoria derivada del incumplimiento del empleador.

158.En ese sentido, la regla de unificación jurisprudencial es la siguiente:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

159.En definitiva, la afiliación del docente oficial será el factor determinante para establecer si hay lugar o no a la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que a los no afiliados se les debe garantizar una mínima derivada del sistema general de liquidación anualizada de la prestación económica.

160.Con todo, es conveniente aclarar que es cierto que algunos de los integrantes de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a partir del 2019, suscribieron providencias en las que se adoptaron tesis distintas sustentadas en el precedente contenido en la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, en relación con el derecho de los docentes afiliados al FOMAG a ser beneficiarios de la sanción moratoria regulada por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por el retardo en la consignación del auxilio de cesantías, tal y como se expuso en el auto del 24 de agosto de 2023, por el cual la Sección avocó conocimiento del asunto.

161.Sin embargo, el nuevo pronunciamiento de la Corte emitido en la sentencia SU-573 de 2019 y la revisión de los supuestos jurídicos relevantes en la materia llevan a la Sala a unificar su criterio en la presente sentencia y a acoger la regla de interpretación aquí definida. Es así, por cuanto el análisis detallado, lógico y razonado de los sistemas administrados por FOMAG y por las AFP permite concluir que el primero resulta incompatible con la sanción moratoria por la falta de consignación oportuna de las cesantías.

Por último. En reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado No 66001-33-33-001-2022-00016-01 (5746-2022), el Consejo de Estado concluyó sobre el tema de intereses de cesantías aquí reclamado, que el sistema de liquidación anualizada de cesantías que administra el FOMAG, es incompatible con lo prescrito en el numeral 3

del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. En dicha sentencia se fijó como regla de unificación lo siguiente:

Primero. – Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

[...]

Cuarto. – Advertir a la comunidad en general que la presente decisión es de aplicación inmediata a todos los procesos que se encuentren en curso y en los que se pretenda la aplicación de la normativa que fue objeto de interpretación, de manera que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con el tema objeto de unificación constituyen precedente obligatorio en los términos de los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, para todos los casos en discusión tanto en vía administrativa como judicial.

Caso bajo estudio

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

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

al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

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

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

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

Conclusión

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

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

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 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada 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, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **IVETH ZULEMA COLORADO LEÓN** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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 agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 19 de octubre de 2023 conforme acta nro. 065 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. 187 del 23 de octubre de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.: 335

Asunto: Resuelve apelación contra auto – Revoca
Medio de control: Repetición
Radicación: 17001-33-39-006-2023-00031-02
Demandante: Nación – Ministerio de Educación Nacional
Demandados: Sandra Viviana Cadena Martínez (ex directora de prestaciones económicas de la FIDUPREVISORA)
Fabio Hernando Arias Orozco (ex secretario de educación del Departamento de Caldas)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 055 del 20 de octubre de 2023

Manizales, veinte (20) de octubre 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 6 del artículo 243 *ibidem*, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor Fabio Hernando Arias Orozco contra el auto del treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, a través del cual negó el llamamiento en garantía solicitado por el recurrente.

ANTECEDENTES

Demanda

El 27 de enero de 2023², obrando a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de repetición, la Nación – Ministerio de Educación Nacional instauró demanda³ contra los señores Sandra Viviana Cadena

¹ En adelante, CPACA.

² Archivo nº 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Archivo nº 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

Martínez y Fabio Hernando Arias Orozco, con el fin de obtener lo siguiente⁴:

1. Que se declare civilmente responsables a los señores Sandra Viviana Cadena Martínez y Fabio Hernando Arias Orozco, en tanto, en sus condiciones de ex directora de prestaciones económicas de la FIDUPREVISORA y ex secretario de educación del Departamento de Caldas, respectivamente, dieron lugar a los perjuicios ocasionados a la entidad demandante, quien tuvo que asumir, mediante contrato de transacción, el pago de la sanción moratoria de las cesantías de la docente Genny Marcela Castrillón Trujillo.
2. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a los demandados a pagar solidariamente el 100% del valor pagado por concepto de sanción moratoria de cesantías, que ascendió a la suma de \$1'836.745,20.
3. Que se ordene a los demandados pagar de manera solidaria la suma equivalente a la respectiva indexación y los intereses comerciales o moratorios que correspondan, desde la ejecutoria de la sentencia hasta la fecha efectiva de pago a la entidad.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a los demandados.

Reparto y admisión de la demanda

El conocimiento del citado proceso correspondió por reparto al Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales⁵, el cual admitió la demanda con auto del 14 de febrero de 2023⁶.

Llamamiento en garantía

Actuando dentro del término legal conferido, los señores Sandra Viviana Cadena Martínez⁷ y Fabio Hernando Arias Orozco⁸ contestaron la demanda promovida.

Adicionalmente, el señor Fabio Hernando Arias Orozco presentó memorial de llamamiento en garantía en relación con las siguientes aseguradoras: AXA Colpatria Seguros S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros y la Aseguradora Solidaria de Colombia, en razón de las pólizas de seguros de

⁴ Páginas 8 y 9 del archivo n° 002 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵ Archivo n° 001 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁶ Archivo n° 006 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivo n° 010 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁸ Archivo n° 012 del cuaderno 1 del expediente digital.

responsabilidad tomadas por el Departamento de Caldas con cada una de aquellas para amparar perjuicios causados a terceros en el período de ocurrencia de los hechos que dieron origen a la demanda.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Por auto del 31 de julio de 2023⁹, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales negó el llamamiento en garantía formulado, por considerar que no existe relación contractual entre el demandado y las aseguradoras, en tanto es el Departamento de Caldas el tomador y beneficiario de los seguros de responsabilidad, y dicha entidad no se encuentra demandada en este proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, el señor Fabio Hernando Arias Orozco interpuso recurso de apelación¹⁰, con fundamento en lo siguiente.

Manifestó que como se desprende claramente del texto de las pólizas tomadas por el Departamento de Caldas, éstas contemplan dentro de su amparo como asegurados a “(...) las personas que hayan tenido, tenga (sic) o puedan tener en el futuro la calidad de administradores, representantes legales, factores, liquidadores, miembros de junta o consejo directivo de la sociedad o sus subordinadas, quienes de acuerdo con los estatutos tengan la calidad de tales, o cualquier empleado que desempeñe funciones técnicas o administrativas similares a la de los administradores” (líneas y negrilla son del texto).

Por lo anterior, el accionado sostuvo que en su condición de secretario de educación del Departamento de Caldas para la época en que presuntamente ocurrieron los hechos, se encuentra cobijado por la cobertura de las pólizas de responsabilidad civil n° 1002444 de AXA Colpatria Seguros S.A. y n° 1005096 de La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

Señaló que se trata de “Póliza de responsabilidad civil servidores públicos para amparar los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad, a consecuencia de acciones, u omisiones, imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados, así como los gastos u honorarios de abogados y costos judiciales en que incurran los asegurados para su defensa, como consecuencia de cualquier investigación o proceso”

⁹ Archivo n° 016 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 018 del cuaderno 1 del expediente digital.

iniciado(s) por cualquier organismo de control entre otros” (líneas y negrilla son del texto).

En ese sentido, adujo que el presunto perjuicio causado a la entidad demandante, al ser supuestamente ocasionado por uno de sus funcionarios asegurados, esto es, el secretario de educación departamental, aquel se encuentra cubierto por las pólizas de responsabilidad civil tomadas por el Departamento de Caldas.

Solicitó entonces revocar el auto recurrido y, en su lugar, acceder al llamamiento en garantía frente a las aseguradoras AXA Colpatria Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, de conformidad con lo establecido en el clausulado de las pólizas, para que concurran al proceso y *“(…) en caso de demostrarse los hechos de la demanda, se resuelva la relación de garantía con el Departamento de Caldas- y sus funcionarios asegurados-, y en caso de condena al pago de alguna indemnización por parte de éste, de conformidad con los artículos 225 del C.P.A.C.A y 64 del C.G.P.”*.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 13 de septiembre de 2023¹¹, y allegado el 2 de octubre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto

Atendiendo lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 243 del CPACA, el auto que niega la intervención de terceros es susceptible del recurso de apelación y, en tal sentido, es procedente la impugnación aquí formulada contra la providencia del 31 de julio de 2023.

Adicionalmente, la alzada fue presentada en término oportuno, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 244 del CPACA.

Decisión sobre la que recaerá el análisis de la providencia apelada

Antes de abordar el examen del caso concreto, este Tribunal considera

¹¹ Archivo nº 001 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 002 del cuaderno 2 del expediente digital.

necesario precisar que no se pronunciará frente a la negativa de admitir el llamamiento en garantía respecto de la Aseguradora Solidaria de Colombia, en virtud de la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos n° 500-87-994000000078.

Lo anterior, en la medida en que la parte recurrente sólo discute en la apelación la admisión del llamamiento en garantía en relación con AXA Colpatria Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en razón de las pólizas de responsabilidad civil n° 1002444 y n° 1005096, respectivamente.

Así pues, la Sala entiende que la decisión de primera instancia en relación con la intervención de la Aseguradora Solidaria de Colombia, debe entenderse que adquirió firmeza.

Examen del caso concreto

El llamamiento en garantía es una figura procesal que se fundamenta en la existencia de un derecho legal o contractual que vincula a llamante y llamado y permite traer a éste como tercero para que haga parte de un proceso, con el propósito de exigirle la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir el llamante como producto de la sentencia o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso correspondiente. Se trata de una relación de carácter sustancial que vincula al tercero citado con la parte principal que lo cita y según la cual aquél debe responder por la obligación que surja en virtud de una eventual condena en contra del llamante.

El artículo 225 del CPACA regula la figura del llamamiento en garantía así:

ARTÍCULO 225. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA. *Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.*

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*

2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.

3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.

4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.

En providencia del 4 de febrero de 2019¹³, el Consejo de Estado manifestó que la solicitud de llamamiento en garantía no requiere prueba sumaria para demostrar el vínculo legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir el llamante, pues el CPACA no contempló dicha exigencia:

De acuerdo con lo anterior, el Despacho concluye que la solicitud de llamamiento en garantía no requiere la prueba del vínculo legal o contractual, sino que basta con la manifestación de que dicha relación existe, por manera que el anexo pertinente no será presupuesto para tramitarlo, pero sí para decidirlo de fondo, tal como lo ha sostenido esta Corporación en múltiples providencias¹⁴.

En efecto, allí radica la gran diferencia entre la regulación de la figura procesal del llamamiento en garantía establecida en el CPACA con la contemplada en el CCA, la cual no puede pasar desapercibida. Pues bien, con la legislación anterior (CCA), para realizar la solicitud de llamamiento en garantía no bastaba con la mera afirmación de que existía un vínculo legal o contractual para exigir a un tercero el respectivo reembolso, sino que dicha relación debía acreditarse al menos con prueba sumaria¹⁵; mientras que con el CPACA, tal

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejera Ponente: Dra. Marta Nubia Velásquez Rico. Auto del 4 de febrero de 2019. Radicación número: 25000-23-36-000-2017-00417-01(60754).

¹⁴ Cita de cita: Ver, entre otras, las siguientes providencias proferidas por la Subsección A de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado: i) auto de ponente del 1º de diciembre de 2017, expediente No. 57.682 y ii) auto de ponente del 17 de enero de 2018, expediente No. 59.612, M.P. María Adriana Marín.

¹⁵ Cita de cita: En cuanto a los requisitos que debe contener la solicitud del llamamiento en garantía en vigencia del CCA, la jurisprudencia de esta Corporación sostenía: “De conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del Código Contencioso Administrativo, la parte demandada puede, durante el término de fijación en lista, denunciar el pleito, llamar en garantía o presentar demanda de reconvencción, siempre que ello sea compatible con la índole o la naturaleza de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Ahora bien, la intervención de terceros en los procesos que se adelantan ante esta Jurisdicción, en virtud de las figuras de la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, no cuentan con

como se indicó en precedencia, para realizar el correspondiente llamamiento en garantía ya no se requiere la prueba del derecho legal o contractual con el fin de acreditar de que tal relación existe, pues aquello constituye un presupuesto para resolverlo de fondo, mas no para darle trámite, en razón a que, para tramitar dicha solicitud, únicamente basta con la afirmación de la existencia del referido vínculo.

De conformidad con el pronunciamiento antes transcrito, esta Sala de Decisión considera que el hecho consistente en que el artículo 225 del CPACA no contemple la prueba del vínculo legal o contractual como un presupuesto para admitir el llamamiento en garantía, permite inferir que no es necesario establecer en ese momento procesal si la afirmación del llamante está probada o encuentra sustento en la documentación allegada con tal fin, pues esta circunstancia es una cuestión que debe ser resuelta al decidir de fondo la controversia.

Por lo contrario, al momento de resolver sobre una solicitud de tal naturaleza, el juez de conocimiento debe limitarse a encontrar acreditados los requisitos expresamente establecidos en la norma.

Pese a que la anterior consideración bastaría para revocar parcialmente la providencia recurrida y ordenar al Juez de primera instancia resolver sobre la solicitud de llamamiento en garantía en relación con AXA Colpatria Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, sin invocar para ello una circunstancia que no le es dable determinar en esa instancia procesal, este Tribunal estima pertinente en todo caso señalar lo siguiente.

De las pólizas de responsabilidad civil aportadas como sustento del llamamiento en garantía, se encuentra que:

- Póliza de responsabilidad civil n° 1002444:

El 2 de marzo de 2018, AXA Colpatria Seguros S.A. renovó póliza de responsabilidad civil de directores y administradores – servidores

una regulación especial en el Código Contencioso Administrativo, por lo cual deben aplicarse las disposiciones que sobre la materia contiene el Código de Procedimiento Civil en los artículos 54, 55, 56 y 57, por disposición expresa del artículo 267 del primero de los Estatutos referidos (...) Con fundamento en lo anterior, se precisa entonces que la procedencia del llamamiento en garantía está condicionada a que se encuentren acreditados los requisitos de forma previstos por el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil, al igual que debe estar acreditado, al menos sumariamente, el vínculo jurídico, legal o contractual, que faculta al demandado para llamar en garantía a un tercero (...), requisitos éstos que, en todo caso, no se satisfacen con el escrito serio, razonado y justificado de la contestación de la demanda” (se destaca) (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de ponente del 24 de septiembre de 2015, expediente No. 49.346, M.P. Hernán Andrade Rincón).

públicos, asignándole el n° 1002444¹⁶, en la cual figura como tomador, asegurado y beneficiario el Departamento de Caldas, prorrogando la vigencia de la anterior póliza del 1° de enero de 2018 al 1° de marzo de 2018, con un valor asegurado total de \$3.500'000.000.

En la citada póliza consta que para el amparo contratado se pactó un coaseguro cedido, con base en el cual, AXA Colpatria Seguros S.A. cedió parte del seguro a Seguros del Estado S.A. en un 30%, quedando a su cargo el 70%. Se precisó que las obligaciones de las aseguradoras con el asegurado no eran solidarias.

De conformidad con esa modalidad de seguro, prevista en el artículo 1.095 del Código de Comercio¹⁷, cada aseguradora asume una responsabilidad individual, no solidaria, con respecto al mismo riesgo. Para este caso, AXA Colpatria Seguros S.A. adquirió con el asegurado la responsabilidad de cubrir el 70% del valor que debiere asumir en caso de afectación de la póliza.

Lo anterior significa que, de admitirse eventualmente el llamamiento en garantía frente a AXA Colpatria Seguros S.A., sólo se analizaría la responsabilidad de ésta en relación con el porcentaje en el cual asumió la cobertura, esto es, el 70%, habida cuenta que Seguros del Estado S.A., en quien recae el 30% restante, no fue llamado en garantía.

Continuando con el análisis de la referida póliza, consta que ésta se expidió bajo el sistema de aseguramiento de reclamación hecha o *claims made*, para amparar¹⁸, bajo las condiciones correspondientes, los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad, a consecuencia de acciones o actos imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados (gobernador, secretarios de despacho, jefes de oficina, profesionales especializados y profesionales universitarios)¹⁹, así como por perjuicios por responsabilidad fiscal y gastos de defensa en que incurrieran los servidores públicos para su defensa.

Los amparos contratados fueron los siguientes²⁰: acciones u omisiones involuntarias, costos judiciales y gastos de defensa, reclamaciones provenientes directa o indirectamente de la Contraloría General o de

¹⁶ Páginas 16 a 38 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷ "(...) en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro".

¹⁸ Página 20 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Página 20 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Página 20 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

cualquier otra entidad y organismo de control del Estado y/o de carácter público, investigaciones preliminares, pérdida fiscal y/o detrimento patrimonial, y reclamos contra cónyuges, herederos o representantes por fallecimiento o insolvencia.

La póliza se extendió a cubrir los directores y administradores pasados, presentes y futuros²¹.

En las condiciones particulares de la póliza²² se precisa o define lo que ha de entenderse como tomador, asegurado, director o administrador, beneficiario y tercero, así:

- Tomador: *“Es la Entidad Estatal que figura como tal en la carátula de la póliza y es responsable del pago de la prima”*.
- Asegurado: *“(…) la persona natural o jurídica que desempeña el cargo y/o tiene el carácter de Director o Administrador con funciones de representación y/o administrativas y miembros de la Junta directiva, de acuerdo a los cargos relacionados en la carátula de la póliza”*.
- Director o administrador: *“Cualquier persona natural o jurídica, debidamente designada por la Sociedad tales como: el representante legal, los suplentes del mismo, el liquidador, el factor, los miembros de junta directiva o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones. // Para efectos de esta póliza, también se incluye cualquier empleado que aunque no ostente la representación legal de la misma, desempeñe funciones técnicas o administrativas, similares a las de los administradores, que hayan sido expresamente incluidos en la póliza”*.
- Beneficiario: *“Es la Entidad Estatal Asegurada, los socios y los terceros, afectados por un evento amparado”*.
- Tercero: *“La sociedad, los socios, los acreedores sociales y cualquier persona que demuestre un interés tutelado por la ley”*.

▪ Póliza de responsabilidad civil n° 1005096:

El 9 de marzo de 2018, La Previsora S.A. Compañía de Seguros expidió póliza de responsabilidad civil de servidores públicos n° 1005096²³, en la cual figura como tomador, asegurado y beneficiario el Departamento de Caldas, con vigencia entre el 1° de marzo de 2018 y el 2 de enero de 2019, con un valor asegurado total de \$4.000'000.000.

²¹ Página 20 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Página 33 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³ Páginas 9 a 11 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

Consta en la citada póliza²⁴ que ésta se expidió bajo el sistema de aseguramiento de reclamación hecha o *claims made*, para amparar, bajo las condiciones correspondientes, los perjuicios causados a terceros y/o a la entidad, a consecuencia de acciones o actos imputables a uno o varios funcionarios que desempeñen los cargos asegurados (gobernador, secretarios de despacho, jefes de oficina, profesionales especializados y profesionales universitarios)²⁵, así como por perjuicios por responsabilidad fiscal y gastos de defensa en que incurrieran los servidores públicos para su defensa.

Los amparos contratados fueron los siguientes²⁶: acciones u omisiones involuntarias, costos judiciales y gastos de defensa, reclamaciones provenientes directa o indirectamente de la Contraloría General o de cualquier otra entidad y organismo de control del Estado y/o de carácter público, investigaciones preliminares, pérdida fiscal y/o detrimento patrimonial, y reclamos contra cónyuges, herederos o representantes por fallecimiento o insolvencia.

La póliza se extendió a cubrir los directores y administradores pasados, presentes y futuros.

De conformidad con los términos y condiciones de las pólizas expedidas por AXA Colpatria Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, y sin ahondar en temas que deben ser objeto de análisis al momento de resolver sobre la eventual responsabilidad de dichas aseguradoras en este caso, la Sala de Decisión estima que como el objeto de dichos seguros no se agota en el de cubrir perjuicios causados por los actos de los funcionarios que desempeñen unos determinados cargos (gobernador, secretarios de despacho, jefes de oficina, profesionales especializados y profesionales universitarios) o perjuicios por responsabilidad fiscal, sino también en los gastos de defensa en que llegaren a incurrir tales servidores públicos para su defensa, debe necesariamente entenderse que éstos, junto con el Departamento de Caldas, son también asegurados y beneficiarios.

Toda vez que la parte actora asegura que al señor Fabio Hernando Arias Orozco le asiste responsabilidad en los hechos que originan la demanda, teniendo en cuenta que en su condición de secretario de educación del Departamento de Caldas dio lugar a la condena que posteriormente se le impuso al Ministerio de Educación Nacional, este Tribunal considera que el recurrente sí tendría, en principio, un derecho contractual respecto de AXA

²⁴ Página 9 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Página 11 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Página 10 del archivo n° 015 del cuaderno 1 del expediente digital.

Colpatria Seguros S.A. y de La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en razón de las pólizas de responsabilidad civil n° 1002444 y n° 1005096, respectivamente.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,

RESUELVE

Primero. REVÓCASE parcialmente el auto del treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en tanto negó el llamamiento en garantía formulado por el señor Fabio Hernando Arias Orozco frente a AXA Colpatria Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en razón de las pólizas de responsabilidad civil n° 1002444 y n° 1005096, respectivamente.

En consecuencia,

Segundo. ORDÉNASE al Juzgado de primera instancia decidir sobre la solicitud de llamamiento en garantía respecto de AXA Colpatria Seguros S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros, atendiendo los requisitos exigidos por el artículo 225 del CPACA para su procedencia.

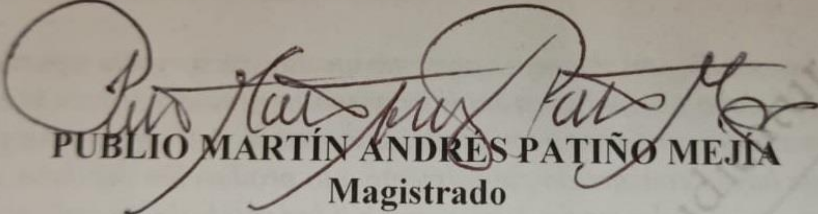
Tercero. CONFÍRMASE la negativa de admitir llamamiento en garantía frente a la Aseguradora Solidaria de Colombia, con ocasión de la póliza de seguro de responsabilidad civil de servidores públicos n° 500-87-994000000078, por no haber sido objeto específico de apelación.

Cuarto. 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. 187

FECHA: 23/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:190

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-001-2022-00063-02
Demandante: Eccehomo Delgado Castaño
Demandados: Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 055 del 20 de octubre de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Eccehomo Delgado Castaño contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 2 de marzo de 2022 (archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio NOM 924 del 25 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

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

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

La entidad demandada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, expresando que las cesantías del demandante fueron debidamente tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 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*” expedido por el Consejo Directivo del FOMAG.

Adujo que tal como lo corroboró el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes de FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Propuso las excepciones de fondo que denominó “*inexistencia de la obligación*”.

Departamento de Caldas:

Indicó que lo pretendido por la parte demandante es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que, los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio. La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FOMAG son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Explicó que con lo solicitado se viola el principio de Inescindibilidad de la Ley toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Propuso las excepciones de fondo que denominó: “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*” y “*Buena Fe*”.

LA SENTENCIA APELADA

El veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 24, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 26, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó 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.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello

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

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

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

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta oportunidad procesal se pronunció el Ministerio de Educación Nacional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 28 de agosto de 2023, y allegado el 29 de agosto del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 29 de agosto de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de octubre de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

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

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; ii) hechos acreditados y iii) el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

(...)

1. 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. (Negrilla de la Sala).

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”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del

³ 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. 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.

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

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...".

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 "Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio", en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “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”.

⁶ 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)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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 el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, 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.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto,

⁸ 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).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ 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)

pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, 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 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 1989¹²”.*

¹¹ 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)

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.261.481,00; e intereses a las cesantías por valor de \$1.560.256, los cuales le fueron consignados el 27/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM 924 del 25 de octubre de 2021, emitido por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, 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 la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a

¹³ Página 22, archivo 05, C.1, exp. digital.

la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

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

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

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

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- 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 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada 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, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la parte actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo número PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del veintitrés (23) de junio de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Eccehomo Delgado Castaño contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. CONDÉNASE 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 agencias en derecho por la suma de un

(1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

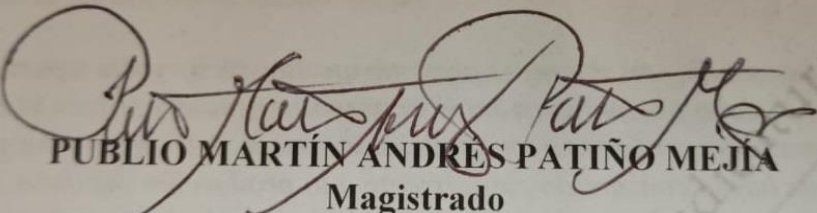
Tercero. NOTIFIQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 187

FECHA: 23/10/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria