

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la
Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE CONJUECES

José Nicolas Castaño García
Conjuez Ponente

S. 217

Asunto:	Sentencia
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-003-2018-00450-03
Demandante:	Beatriz Elena Misas Mariño.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Seccional de la Judicatura.

Manizales, diecisiete (17) de noviembre del año dos mil veintitrés (2023).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de segunda instancia, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instaurado por la señora **BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO**, en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, con la dirección del **Doctor JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA**, en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Doctores LINA MARÍA HOYOS BOTERO y el Doctor TOMAS FELIPE MORA GÓMEZ**.

Cuestión previa.

De conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del C.P.A.C.A., procede este Despacho a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por la Conjuez Lina María Hoyos Botero, para conocer del presente medio de control.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

La Conjuez **Lina María Hoyos Botero**, manifiesta su impedimento para conocer del presente medio de control, al considerar que, tiene interés directo en el proceso y pleito pendiente en el cual se controvierte la misma cuestión jurídica, por cuanto, instauré como parte actora, acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el mismo sentido por concepto de bonificación judicial en contra de la Rama Judicial, el cual se encuentra pendiente de decisión judicial definitiva.

En consecuencia, se considera incurso en la causal prevista en los numerales 1 y 14 del artículo 141 del Código General del Proceso.

Por su parte, los numerales 1 y 14 del artículo 141 del Código General del Proceso, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACION. Son causales de recusación las siguientes: (...)

"(...) 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".

"14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar".

Así las cosas, la situación planteada por la Conjuez Lina María Hoyos Botero, se ajusta al contenido de los numerales 1 y 14 del artículo transcrito, lo cual constituye impedimento para conocer del proceso, sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, siendo ello suficiente para aceptar el impedimento manifestado y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

Así las cosas, se admite el impedimento expresado por la Conjuez **LINA MARÍA HOYOS BOTERO**, para conocer del proceso en esta instancia.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

Presentación de la demanda el día 17 de Octubre de 2018, devolución del proceso por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, al aceptar el impedimento presentado por el señor Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el día 21 de Enero de 2019, Auto de estese a lo dispuesto y se ordenó admitir la demanda por parte del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el día 29 de julio de 2019.

El día 26 de Noviembre de 2019, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Manizales, corrió el traslado de las excepciones formuladas.

A través de auto del día 16 de Diciembre de 2019, se convocó a las partes para realizar audiencia inicial. Acta de Audiencia Inicial con fallo del día 5 de Febrero de 2020.

Mediante auto del día 24 de junio de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio de Manizales, se dio traslado a las partes para alegatos de conclusión. La sentencia definitiva se dio el día 22 de julio de 2021

En audiencia del día 26 de agosto de 2021, se concedió el recurso de apelación.

Mediante auto del día 1 de Junio de 2023, se admitió el recurso de apelación formulado.

Finalmente entró a despacho para sentencia.

Agotadas las etapas previstas en el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, sin que se observe causal de nulidad, y cumplidos los presupuestos procesales del medio de control, el Despacho dictará la sentencia que en derecho corresponda.

3. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder especial de la demandante Beatriz Elena Misas Mariño, para el abogado Gerónimo Arias González (folio 12 C1), escrito de la demanda (fl. 1-11 C1), pruebas allegadas con la demanda (fls. 13 a 19 C1), contestación de la demanda y actuación administrativa.

4. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

4.1. Demandante.

4.1.1. En la demanda:

Copia de la Resolución No DESAJMZR16-659 del 8 de Abril de 2016 “por medio de la cual se resuelve un derecho de petición” (folios 13 a 14 C1); Copia del recurso de

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

apelación formulado (folios 15 a 16 C1); Copia de la Resolución No DESAJMZR16-979 del 19 de Mayo de 2016, "por medio de la cual se concede un recurso de apelación" (folios 17 a 18).

4.2. Demandada.

Actuación administrativa: petición formulada por el accionante ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

5. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, la demandante **BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO**, instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**.

6. DECLARACIONES Y CONDENAS

6.1 Declaraciones.

- INAPLICAR el artículo el Decreto 0383 de 2013, por medio de la cual se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, y los Decretos 022 de 2014, 1270 de 2015 y 247 de 2016, por medio de los cuales, se ha venido fijando de manera anual el valor de la Bonificación Judicial para los servidores judiciales.
- Declarar la nulidad de la Resolución No DESAJMZR 16-659 del 8 de abril de 2016, por medio de la cual la Dirección Ejecutiva Seccional de Manizales, negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial.
- Declarar la nulidad del acto ficto o presunto originado como consecuencia del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No DESAJMZR 16-659 del 8 de abril de 2016.
- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se acceda a las sigueie peticiones:
- Se reconozca a la señora Beatriz Elena Misas Mariño, identificada con cédula de ciudadanía No 30.237.121 la Bonificación Judicial establecida a través del Decreto 0383 de 2013, que se percibe desde el 1 de Enero de 2013, la cual

constituye factor salarial y por ende, debe tenerse en cuenta para liquidar la prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, conforme los cargos que haya desarrollado en la Rama Judicial.

- Se reintegre y pague la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, prima de navidad, prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales, desde que reconoció la Bonificación Judicial y hasta que permanezca vinculado a la Rama Judicial. Por lo tanto, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la asignación básica mensual y todos los factores salariales, incluyendo, además, la bonificación judicial.
- Seguir cancelando a la señora BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO, el 100% de la asignación básica mensual y los demás factores salariales, incluyendo, la Bonificación Judicial percibida desde el 1 de Enero de 2013.
- Que se indexen las sumas resultantes del reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, conforme al índice de precios al consumidor y se paguen intereses legales.
- Las sumas del saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales deben ser actualizadas conforme al IPC, desde cuándo 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 de derecho.

6. HECHOS

La **DEMANDANTE** Beatriz Elena Misas Mariño, se desempeñó como Secretaria del circuito en la ciudad de Manizales, mediante el Decreto 0383 de 2013, se creó la Bonificación Judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial, en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992.

La bonificación judicial se empezó a reconocer a partir del 1º de Enero de 2014 hasta el año 2018, y en el artículo 1º del Decreto 0383 de 2013, se establecieron los montos en que los salarios de los cargos de la Rama Judicial se incrementarían.

A pesar de que su representado ha venido recibiendo mensualmente la bonificación judicial, este factor salarial no ha sido tenido en cuenta como base para liquidar la prima de navidad, la prima de servicios, la prima de vacaciones, las cesantías, el auxilio de cesantías, y demás emolumentos prestacionales.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

El día 14 de Marzo de 2016, se radicó ante la entidad demandada, solicitud de reconocimiento y pago equivalente de la bonificación judicial, a través de la Resolución DESAJMZR16-659 del 8 de abril de 2016, la entidad demandada, no accedió a la petición elevada por el solicitante.

El día 2 de mayo de 2016, se presentó recurso de apelación, contra el acto administrativo que negó la solicitud de reconocimiento y pago equivalente de la bonificación judicial, a través de la Resolución DESAJMZR16-659 del 8 de abril de 2016, la entidad accionada concedió el recurso de apelación impetrado contra el acto principal.

A la fecha la entidad demandada no ha notificado aún decisión expresa del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución que negó el derecho solicitado, por lo que se ha configurado el silencio administrativo negativo frente al mismo, conforme lo preceptuado por el artículo 86 del CPACA.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

- 7.1. Normas Constitucionales vulneradas:** Artículos 2, 4, 9, 13, 25, 53, 93, 150, 228, 230.
- 7.2. Normas de carácter nacional vulneradas:** Ley 4 de 1992.

El Presidente de la República expidió el Decreto 0383 de 2013, en cumplimiento de un mandato legal establecido en la Ley 4 de 1992, y no en uso de una facultad discrecional que le permitiera determinar si el mismo emolumento prestacional (bonificación judicial), constituía factor salarial o no. En consecuencia, el Gobierno Nacional dentro del presente caso, no tenía la facultad de determinar que la bonificación judicial no constituyera factor salarial.

Se observa que el Decreto 382 de 2013, y subsiguientes, desconocen los criterios fijados por el Consejo de Estado para determinar que emolumentos prestacionales constituyen factor salarial, por lo que vulnera lo establecido en la Ley 4 de 1992, normativa que fija el régimen salarial y prestacional de los empleados judiciales, habida cuenta que excluye los criterios de equidad con que debe ser desarrollada la misma.

Por tal motivo, los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago solicitado, deben ser declarados nulos, como quiera que los mismos se fundamentan en Decretos que a todas luces vulneran principios constitucionales y legales en materia salarial y prestacional.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACIÓN- RAMA JUDICIAL**, Solicita no acceder a las pretensiones de la demanda, en el sentido de incluir en la liquidación de las prestaciones sociales de los beneficiarios de la bonificación judicial el valor por ésta reconocido como factor salarial y que hoy surgen de la interpretación errada que el servidor judicial tiene de la norma, pues como autoridad administrativa y guardador del principio de legalidad, a la administración judicial le corresponde acatar estrictamente el ordenamiento legal vigente, sin que le sea posible interpretarlo o inaplicarlo, en razón a que son los jueces en sus respectivos fueros a través de sus sentencias los que tienen tal potestad.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: 1) Imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante; 2) Integración del Litisconsorcio Necesario; 3) Prescripción.

10. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 26 de Noviembre de 2019, respecto de las excepciones. 1) Imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante; 2) Integración del Litisconsorcio Necesario; 3) Prescripción.

11. ALEGACIONES FINALES

11.1 Demandante.

La parte demandante se ratifica en los argumentos expuestos con la demanda formulada.

11.2. Demandada.

La parte demandada se ratifica en los argumentos expuestos con la contestación formulada.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La sentencia primaria. Emitida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito en Cabeza de Conjuez, el pasado 23 de Julio de 2021, accedió a unas pretensiones, y afirmó que, la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la bonificación judicial creada por el Decreto 383 del 6 de Marzo de 2013, con la incidencia en la liquidación de las demás prestaciones sociales percibidas.

RECURSO DE APELACIÓN.

Notificada la sentencia, fue recurrida por la parte demandante y demandada. En esta ocasión, la demandante solicitó sea revocada parcialmente el fallo de primera instancia, y en consecuencia se acceda a todas las pretensiones de la demanda dentro de las que se encuentran la reliquidación de la prima de servicios, prima de productividad y la bonificación por servicios prestados. Mientras que, la demandada finalmente solicitó no acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de incluir en la liquidación de las prestaciones sociales de los beneficiarios de la Bonificación judicial, de conformidad con lo anterior, y frente al caso en concreto, se tiene que la bonificación judicial creada es constitutiva de un salario diferido, por tanto la misma no constituye factor liquidable para las prestaciones sociales.

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 Conjueces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto del 24 de Febrero de 2022, que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjueces realizado el pasado 15 de marzo de 2023.

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. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la SALA importante definir en esta segunda instancia, si la bonificación

judicial creada por el Gobierno Nacional a través del decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar revocarlo.

d. ANALISIS

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 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, expidió el Decreto 383 de 2013, así:

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

"1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*

"2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*

"3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*

"4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

"5) Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).

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

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

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

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

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

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

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio”.

“ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992”.

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL.

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

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

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

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

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

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 - aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

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

"Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T."

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

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

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

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

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

"Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque 'son normas situadas en el nivel constitucional', como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos".

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

constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

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

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

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

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

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

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

Con éstas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos, 2) Que contribuyan al fomento de la justicia social, 3) Que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes, no son creados por el Estado, sino reconocidos por él, además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado, ni suspendido ni siquiera en los estados de excepción, aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo. En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

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

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *"la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta*

fuerza formal, o entre dos normas de idéntica fuerza, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones...”

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

"En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

"Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución”.

"En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos”

"Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

"Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser

ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez”

“Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica.”

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

“...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos.” (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

“Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador”.

“Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53).”

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de “duda”, ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de “interpretaciones concurrentes”, allí se dijo:

“La Corte considera en primer lugar que, la llamada “duda”, debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una

interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador”.

“La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva”.

“Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación”.

“El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales”.

“El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico”.

“Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia”.

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver”.

“Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política”.

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04):

“Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la “condición más beneficiosa” para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de

quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Por otra parte, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

"El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derechos fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

"Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo

-relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo, señala:

"El término 'salario' significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

"Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado".

"Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir, en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquéllas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"

Finalmente, el Honorable Consejo de Estado, **Sección Segunda, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Radicado 76001-23-33-000-2018-00414-01 (0470-2020), mediante sentencia del día 6 de abril de 2022**, estableció lo siguiente con respecto a la bonificación judicial:

"...En este sentido, infiere la Sala que la norma últimamente aludida no refiere discriminación alguna al ordenar el Gobierno Nacional revisar la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, bajo el esquema de nivelación o reclasificación, con sentido de equidad; lo que indica que el Decreto 382, resulta aplicable para absolutamente todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, sin fijación del régimen a que pertenezcan, ya que de no ser así se vulneraría el principio de proporcionalidad. Indicando sí, que el tope de los funcionarios y empleados que pertenezcan al régimen de no acogidos, tendrán un techo que es lo devengado en forma mensual por los del régimen acogidos al Decreto 53 de 1993 y normas que lo modifican y/o complementan, por cuanto resultaría un injusto que unos empleados por pertenecer a un régimen que no es el de acogidos se les liquide la bonificación mensualmente en forma diferente a los que no pertenecen a ese mismo régimen que les liquida en forma anual y sin que haga parte de sus prestaciones sociales".

"...Así las cosas, resuelto el primer problema jurídico, llega esta Sala a la conclusión que la Ley no hace discriminación alguna entre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, ya sean antiguos o nuevos; por lo que el beneficio que allí se ordena crear cobija a los acogidos y no acogidos al régimen del Decreto 53 de 1993. Por ello, al no hacer distinción alguna la Ley, tampoco podría hacerlo el Decreto el Decreto 382 de 1993. No obstante, se hace claridad como ya se indicó, que el tope de la Bonificación Judicial para el personal de no acogidos es el 100% del salario mensual que devengan los del régimen de acogidos. De igual manera, el la Ley dispuso la nivelación o

reclasificación de los empleados pertenecientes a la Rama Judicial, lo que en ambos casos implica reajuste salarial que es el resultado de aplicar dichas figuras. Por lo que colofón tenemos, que el Gobierno Nacional se apartó del marco de la Ley 4 de 1992 al crear una Bonificación sin carácter salarial pues la misma sólo constituye factor salarial, según la norma que la crea, para las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones. ...”

“...Además de las anteriores consideraciones, la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales”.

“Para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política”.

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

CONDENA EN COSTAS

También; encuentra la Sala su desacuerdo en la condena en costas emitida en el fallo primario, -numeral 7º-, y de antemano advierte que será revocada esta por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando

afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida. Al respecto, el H. Consejo de Estado, Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, señaló:

"...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado¹⁶, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez."

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida *-demandada-* atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA NON REFORMATIO IN PEJUS

El fallo primario accedió a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del carácter de factor salarial de la bonificación judicial sobre algunas de las prestaciones sociales a que tiene derecho el demandante, dejando por fuera este carácter frente a la *bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios*, pero conforme se analizó en precedencia, es claro el apoyo de jurisprudencia internacional y nacional, a la condición de salario siempre que cumpla con ciertos requisitos, que son cumplidas a cabalidad por bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013 y beneficia a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante, sin distinción alguna, de ahí que esto sumado a las excepciones que plantea la jurisprudencia al principio de la *Non Reformatio In*

Pejus, para introducir esta modificación al fallo inicial, aun cuando la parte demandante no se opuso a este.

CONCLUSIÓN:

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica y habitual, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO, mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, general efectos fiscales, 1º de Enero de 2013, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, frente a TODAS las prestaciones sociales, no solo para salud y pensión -como lo dispuso el Gobierno Nacional- y menos frente la vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses como lo apuntó el Juez Aquo, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.
2. Existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras la señora BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO, ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.
3. Ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales -sin distinción alguna- a que ha tenido derecho la demandante BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO, desde el **14 de Marzo de 2013**, por el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, toda vez que la petición de pago de la bonificación judicial fue presentada el día 14 de Marzo de 2016, y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas
4. Deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, genere el demandante como contraprestación al desempeño del cargo actual, siempre que este se encuentre amparado por el Decreto 383 de 2013.
5. Se revocará la condena en costas-agencias de derecho.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

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

13. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1º y 5º de la sentencia 23 de Julio de 2021, proferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de: “Imposibilidad material y presupuestal de reconocer las pretensiones del demandante e Integración del Litisconsorcio Necesario”. DECLARAR PROBADA la excepción de: “prescripción” respecto de los periodos anteriores al 14 de Marzo de 2013”.

“QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, reconocer, en favor de BEATRIZ ELENA MISAS MARIÑO, la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 14 de Marzo de 2013 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por los artículos 187 a 195 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 7º de la sentencia de 23 de Julio de 2021, preferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales y, en consecuencia, NO condenar en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de 23 de Julio de 2021, proferida por Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso.

CUARTO: 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.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Beatriz Elena Misas Mariño Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la
Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.
Radicado: 17001-33-33-003-2018-00450-03

QUINTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO**
de origen.



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA

Conjuez Ponente

IMPEDIDA

LINA MARÍA HOYOS BOTERO

Conjuez



TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ

Conjuez

<p>REPUBLICA DE COLOMBIA</p>  <p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p>El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 205 del 20 de Noviembre de 2023.</p>  <p>VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS Secretario</p>
--

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 273

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001 33 33 003 2021 00295 02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gregorio Miranda Villa
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG) y el departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por el accionante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto 4403-6 del 09 de septiembre de 2021, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 20 de octubre de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 3316-6 del 3 de noviembre de 2020 y pagada el 5 de febrero de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. Nación - Ministerio de Educación - Fomag

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías parciales, o que acredite que efectivamente el pago se realizó en la fecha que aduce la parte demandante, pues no acredita la apoderada de la parte accionante que esta haya presentado solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora o hay una demora en el pago de las cesantías del docente.

Que las radicaciones de solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial, de conformidad con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso como excepciones de fondo, las siguientes: - - *“INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DEL FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO PARA EL PAGO DE LA SANCIÓN MORATORIA.”*; *“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”*; *“COBRO DE LO NO DEBIDO”*; *“IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN DE LAS CONDENAS”*; *“COMPENSACIÓN”*; *“CONDENA EN COSTAS”* .

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, por disposiciones legales y reglamentarias, la Secretaria de Educación se encarga únicamente de recibir y radicar las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los requisitos establecidos previamente por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del fondo, en este caso, la fiduciaria Fiduprevisora.

Propuso las excepciones: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*; *“BUENA FE”*; *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones denominadas “Cobro de lo no debido” propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag e “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” propuesta por el Departamento de Caldas; en consecuencia negó las pretensiones del demandante, sin imponer condena en costas.

Para ello señaló que, la solicitud de pago de cesantías parciales fue realizada el 20 de octubre de 2020, razón por la cual, la fecha máxima para la expedición del acto administrativo, era el 11 de noviembre de 2020. Que la Resolución 3316-6 “*por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para estudios*” fue emitida el 3 de noviembre de 2020. Sin embargo, no se evidencia prueba alguna que de certeza acerca de la notificación de la misma.

Que en atención a lo anterior, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días. Así pues, el plazo de 67 días hábiles posteriores a la expedición de la resolución que tenía la entidad para reconocer y pagar las cesantías solicitadas por la demandante, se cumplió el 11 de febrero de 2021. Tal como se observa en el recibo de consignación del banco BBVA, el dinero de las cesantías fue puesto a disposición de la accionante desde el 5 de febrero de 2021.

En consecuencia, no se causó la sanción moratoria.

4. Recurso de apelación

El **demandante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones por cuanto, la solicitud de las cesantías fue realizada el 20 de octubre de 2020, por lo que plazo para expedir el acto administrativo vencía el 13 de marzo 2020; la resolución de reconocimiento 3316-6 del 03/11/2020 fue notificada el 03 de noviembre de 2020 por lo que el pago debía realizarse el 26/01/2021; y siendo que se realizó el 05/02/2021 se causó a cargo de la Fiduprevisora, 10 días de mora.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Se causó la sanción moratoria a favor del demandante, por el no pago oportuno de las cesantías?*

Para resolver el interrogante planteado se analizará: i) al marco jurídico sobre la sanción moratoria en el pago de las cesantías; ii) los hechos acreditados; y iii) el caso concreto.

2. Marco jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

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

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

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...). (Se resalta)

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

“Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

De esta manera, una vez presentada la solicitud de pago de las cesantías definitivas la entidad cuenta con un término de quince (15) días para expedir el acto de reconocimiento. Además, en el evento de que la solicitud esté incompleta el empleador debe manifestarlo así al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen pueda proferir el acto que reconozca la prestación en el término inicialmente indicado.

Así, (i) el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas o parciales comienza a computarse desde la firmeza del acto administrativo que lo dispuso, y desde ese instante, la administración tiene el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ sostuvo que, la administración cuenta con 45 días hábiles para el pago de la prestación social, contados a partir del momento en que adquiere firmeza el acto administrativo que la reconoce, y agregó que dicho término solo se puede contar desde la ejecutoria del acto administrativo que dio respuesta a la petición y no desde que se radicó. Así lo interpretó la Sala al indicar que:

“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, 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 (...).

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria”.

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018², el Consejo de Estado reafirmó la postura precitada y la complementó en el sentido de precisar que la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías surge a partir de su notificación en los términos dispuestos por el CPACA, como se indica a continuación:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía, expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Número interno: 2777-2004.

² Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

99. *En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.*

100. *Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.*

101. *Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.*

102. *Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados”.*

De esa suerte, y, en este primer escenario (pronunciamiento en tiempo de la administración), es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías parciales o definitivas, lo que determina el momento en que se causa la sanción moratoria y, en esa misma medida, la instancia en donde surge el derecho a su reclamación.

Sin embargo, y en procura de analizar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la expedición y notificación del acto administrativo que reconoce y ordena el pago del auxilio de cesantías, la sentencia en comentó sentó jurisprudencia en los siguientes términos:

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

194. *Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo*

corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley³ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. De igual modo, que cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto de reconocimiento adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria.

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

Conforme a lo anterior, es claro que el segundo escenario respecto del cual se verifica la ocurrencia de la penalidad moratoria contempla la no manifestación de voluntad de la administración a través de un acto administrativo conferido bajo los términos planteados en el primer escenario, o la expedición del mismo de manera inoportuna y contraria a los lapsos que para los efectos ha definido la ley.

En otras palabras, cuando el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no es proferido o se emite con posterioridad a los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hace exigible pasados 70 días hábiles contados desde la fecha de radicación de la petición, siempre que la misma haya sido presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, el término a partir del cual es exigible la sanción moratoria dependerá de si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas fue expedido dentro del tiempo legalmente previsto para ello, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud.

La sentencia en comento además ilustró sobre la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
<i>PETICIÓN SIN RESPUESTA</i>	<i>No aplica</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>
<i>ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)</i>	<i>Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago</i>	<i>10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>70 días posteriores a la petición</i>

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

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 ⁴	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 cuanto al salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, señaló:

*“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. Hechos relevantes acreditados

- El actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 20 de octubre de 2020.⁵
- Mediante Resolución 3316-6 del 3 de noviembre de 2020, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas.⁶

⁴ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

⁵ F. 1 Archivo digital: 04

⁶ F. 1-3 Archivo digital: 04

➤ Según certificación de pago de cesantía, estas quedaron a disposición del accionante desde el 5 de febrero de 2021.⁷

4. Análisis del caso concreto

De acuerdo con los hechos acreditados se tiene que, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 20 de octubre de 2020, por lo que el término para emitir el acto de reconocimiento vencía el 11 de noviembre de 2020, por tanto, como este fue expedido el 3 de noviembre de 2020, se tiene que fue emitido en tiempo.

Ahora, contrario a lo afirmado por el apelante, en el expediente no obra prueba de la notificación de dicho acto, por lo que, como lo indicó el *a quo*, en atención a lo previsto en los artículos 68 y 69 del CPACA, se considera que, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

Así, el plazo de 67 días hábiles posteriores a la expedición de la resolución que tenía la entidad para reconocer y pagar las cesantías solicitadas, se cumplió el 11 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, como quiera que el dinero de las cesantías fue puesto a disposición del accionante desde el 5 de febrero de 2021, es claro que, no se configuró la mora, tal como lo indicó el *a quo* en la sentencia.

5. Conclusión

Por lo tanto, no prospera el argumento expuesto por el apelante en cuanto a la existencia de un error en la determinación de los extremos temporales de la sanción moratoria, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 28 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Gregorio Miranda Villa contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

⁷ F 4 Archivo digital: 04

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 68 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 274

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001 33 33 009 2022 00019 02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Martha Cecilia Caballero Villamizar
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG) y el departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la accionante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado el 30 de septiembre de 2021 frente a la petición presentada el 30 de junio de 2021, en cuanto negó el derecho a pagar la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 9 de noviembre de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 3636-6 del 27 de noviembre de 2020 y pagada el 5 de febrero de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado el reconocimiento y pago de la sanción moratoria la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5; Decreto 2831 de 2005.

Sostuvo que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. Nación - Ministerio de Educación - Fomag

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, no reposa dentro del expediente prueba idónea que logre demostrar que la entidad incurrió en mora del pago de las cesantías parciales, o que acredite que efectivamente el pago se realizó en la fecha que aduce la parte demandante, pues no acredita la apoderada de la parte accionante que esta haya presentado solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora o hay una demora en el pago de las cesantías del docente.

Que las radicaciones de solicitudes de reconocimiento de prestaciones deben ser radicadas en la Secretaría de Educación de la respectiva entidad territorial, de conformidad con la Sociedad Fiduciaria encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso como excepciones de fondo, las siguientes: - *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN – NO CONFIGURACIÓN DE LA MORA EN EL PAGO DE LAS CESANTÍAS”*; *“CULPA EXCLUSIVA DE UN TERCERO APLICACIÓN LEY 1955 DE 2019”*; *“PRESCRIPCIÓN”*; *“DE LA IMPROCEDENCIA DE LA INDEXACIÓN Y/O ACTUALIZACIÓN MONETARIA DE LA SANCIÓN MORATORIA”*; *“IMPROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS”*; *“CONDENA CON CARGO A TÍTULOS DE TESORERÍA DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, por disposiciones legales y reglamentarias, la Secretaria de Educación se encarga únicamente de recibir y radicar las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los requisitos establecidos previamente por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del fondo, en este caso, la fiduciaria Fiduprevisora.

Propuso las excepciones: *“CUMPLIMIENTO DE TÉRMINOS POR PARTE DE LA ENTIDAD TERRITORIAL DEPARTAMENTO DE CALDAS”*; *“BUENA FE”*; *“PRESCRIPCIÓN”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones denominadas *“Inexistencia de la obligación – no configuración de la mora en el pago de las cesantías”* propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag y *“cumplimiento de términos por parte de la entidad”*, propuesta por el

Departamento de Caldas; en consecuencia negó las pretensiones del demandante, sin imponer condena en costas.

Para ello señaló que, la solicitud de pago de cesantías parciales fue realizada el 9 de noviembre de 2020, razón por la cual, la fecha máxima para la expedición del acto administrativo, era el 1 de diciembre de 2020. Que la Resolución 3636-6 “*por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una cesantía parcial para estudios*” fue emitida el 27 de noviembre de 2020, notificada el 10 de diciembre de 2020.

Que en atención a lo anterior, el plazo de 55 días hábiles posteriores a la notificación de la resolución, para el pago de las cesantías se cumplió el 2 de febrero de 2021. Que tal como se observa en la certificación de pago de cesantías emitida por la Fiduprevisora, el dinero correspondiente a las cesantías fue puesto a disposición de la accionante desde el 30 de enero de 2021. En consecuencia, no se causó la sanción moratoria.

4. Recurso de apelación

La **demandante** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones por cuanto, la solicitud de las cesantías fue realizada el 9 de noviembre de 2020, por lo que el plazo para expedir el acto administrativo vencía el 1 de diciembre 2020; la resolución de reconocimiento 3636-6 del 27/11/2020 fue notificada el 10 de diciembre de 2020 por lo que el pago debía realizarse el 22 de febrero de 2021; y siendo que se realizó el 22 de febrero de 2021, se causó a cargo de la Fiduprevisora, 09 días de mora.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Se causó la sanción moratoria a favor de la demandante, por el no pago oportuno de las cesantías?*

Para resolver el interrogante planteado se analizará: i) al marco jurídico sobre la sanción moratoria en el pago de las cesantías; ii) los hechos acreditados; y iii) el caso concreto.

2. Marco jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

La Ley 1071 de 2006 en su artículo 4º consagra los términos dentro de los cuales la administración debe resolver las peticiones que eleven sus empleados para el reconocimiento y pago de las cesantías, así:

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

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

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo (...). (Se resalta)

La mencionada ley, en su artículo 5, reguló lo concerniente a la sanción moratoria:

“Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

De esta manera, una vez presentada la solicitud de pago de las cesantías definitivas la entidad cuenta con un término de quince (15) días para expedir el acto de reconocimiento. Además, en el evento de que la solicitud esté incompleta el empleador debe manifestarlo así al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud y señalar expresamente los requisitos de que adolece, de modo que una vez se alleguen pueda proferir el acto que reconozca la prestación en el término inicialmente indicado.

Así, (i) el plazo con el que cuenta la entidad pagadora para el desembolso de las cesantías definitivas o parciales comienza a computarse desde la firmeza del acto administrativo que lo dispuso, y desde ese instante, la administración tiene el término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pagar la prestación, so pena de incurrir en mora y causar a su cargo la sanción indicada en el parágrafo de la norma en cita, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, que correrá en forma continua hasta cuando se haga efectivo el pago.

En efecto, la Sala Plena del Consejo de Estado¹ sostuvo que, la administración cuenta con 45 días hábiles para el pago de la prestación social, contados a partir del momento en que adquiere firmeza el acto administrativo que la reconoce, y agregó que dicho término solo se puede contar desde la ejecutoria del acto administrativo que dio respuesta a la petición y no desde que se radicó. Así lo interpretó la Sala al indicar que:

“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, 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)

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Número interno: 2777-2004.

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 (...).

En suma, es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías definitivas y no la fecha de reclamación de las mismas o, en este caso, la de la solicitud de reliquidación, el hito que debe servir de punto de partida para contar el número de días a efectos de determinar el monto de la indemnización moratoria”.

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018², el Consejo de Estado reafirmó la postura precitada y la complementó en el sentido de precisar que la firmeza del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías surge a partir de su notificación en los términos dispuestos por el CPACA, como se indica a continuación:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía, expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto. Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, sí el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerar el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

101. Ha de ser así, pues la producción de los efectos del acto administrativo exige de su publicidad, de manera que solo son oponibles las decisiones de la administración que son conocidas por las personas llamadas a su cumplimiento o afectadas con su ejecución; situación

² Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018.

que perfectamente encaja en el cómputo de la sanción moratoria por el pago tardío de la cesantía, que consulta o se causa por el paso del tiempo, a donde no concurre el término que tiene el empleador para notificar el acto expreso que reconoce la mencionada prestación.

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados”.

De esa suerte, y, en este primer escenario (pronunciamiento en tiempo de la administración), es el vencimiento de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la fecha en la cual queda en firme el acto por el cual se reconocen las cesantías parciales o definitivas, lo que determina el momento en que se causa la sanción moratoria y, en esa misma medida, la instancia en donde surge el derecho a su reclamación.

Sin embargo, y en procura de analizar los diferentes supuestos que pueden presentarse en la expedición y notificación del acto administrativo que reconoce y ordena el pago del auxilio de cesantías, la sentencia en comento sentó jurisprudencia en los siguientes términos:

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

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

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

Conforme a lo anterior, es claro que el segundo escenario respecto del cual se verifica la ocurrencia de la penalidad moratoria contempla la no manifestación de voluntad de la administración a través de un acto administrativo conferido bajo los términos planteados en el primer escenario, o la expedición del mismo de manera inoportuna y contraria a los lapsos que para los efectos ha definido la ley.

En otras palabras, cuando el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas no es proferido o se emite con posterioridad a los 15 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la sanción moratoria de que tratan las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006, se hace exigible pasados 70 días hábiles contados desde la fecha de

³ Artículos 68 y 69 CPACA.

radicación de la petición, siempre que la misma haya sido presentada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.

En ese orden, el término a partir del cual es exigible la sanción moratoria dependerá de si el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías parciales o definitivas fue expedido dentro del tiempo legalmente previsto para ello, esto es, dentro de los 15 días siguientes a la radicación de la solicitud.

La sentencia en comento además ilustró sobre la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
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 EXTEMPORÁNEO (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 ⁴	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

⁴ Se consideran los supuestos de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

En cuanto al salario base de liquidación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, señaló:

*“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. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 9 de noviembre de 2020.⁵
- Mediante Resolución 3636-6 del 27 de noviembre de 2020, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas.⁶ Siendo notificada por correo electrónico el 10 de diciembre de 2020.⁷
- Según certificación de pago de cesantía, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 5 de febrero de 2021.⁸

4. Análisis del caso concreto

De acuerdo con los hechos acreditados se tiene que, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 9 de noviembre de 2020, por lo que el término para emitir el acto de reconocimiento vencía el 1 de diciembre de 2020, por tanto, como este fue expedido el 27 de noviembre de 2020, se tiene que fue emitido en tiempo.

Ahora, como la notificación fue realizada a través de correo electrónico el 10 de diciembre de 2020, esto es, al octavo día hábil de expedición del acto, se tiene que ella fue oportuna, pues se realizó dentro de los 12 días siguientes a la expedición del acto; ello de conformidad con el artículo 56 del CPACA que establece que: *“...La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda a la misma, hecho que deberá ser certificado por la administración”* en concordancia con los artículos 68 y 69 ibidem que establecen el término 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.

Al respecto el Consejo de Estado en la cita sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁹ indicó:

“98. En el primer evento, es decir, cuando se produce la notificación por medio electrónico, habrá de considerarse el artículo 56 del CPACA, para concluir que el término de ejecutoria se computará a partir del día siguiente en que la entidad certifique el acceso del peticionario al contenido íntegro del acto que reconoció la cesantía, vía e-mail informado para el efecto en la petición, que en todo

⁵ F. 20 Archivo digital: 02

⁶ F. 20-22 Archivo digital: 02

⁷ F. 19 Archivo digital: 02

⁸ F. 23 Archivo digital: 04

⁹ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

caso deberá hacerse a más tardar 12 días después de expedido el acto”.

Por lo tanto y como quiera que el docente no interpuso recursos contra el acto, resulta aplicable la siguiente subregla señalada en la sentencia de unificación¹⁰:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
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

Así, los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, vencían el 24 de diciembre de 2020; y a partir del día hábil siguiente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 45 días para materializar el pago de las cesantías, es decir, hasta el 2 de marzo de 2021.

De acuerdo a la certificación de pago de cesantías emitida por la Fiduprevisora, el dinero correspondiente a las cesantías fue puesto a disposición de la accionante desde el 30 de enero de 2021.

En ese orden de ideas, es claro que no se configuró la mora en el pago de las cesantías, como lo señaló el *a quo* en la sentencia.

5. Conclusión

Por lo tanto, no prospera el argumento expuesto por la apelante en cuanto a la existencia de un error en la determinación de los extremos temporales de la sanción moratoria, en consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en costas en esta instancia por cuanto no se encuentra acreditada su causación.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 28 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Martha Cecilia Caballero Villamizar contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

¹⁰ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 68 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 272

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-003-2022-00114-02
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: Sebastián Zuluaga Giraldo
Demandado: Municipio de Manizales
Vinculado: Aguas de Manizales

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. Demanda

El actor señaló que, en la vereda La Palma específicamente en el sector de San Isidro del municipio de Manizales, la vía siempre ha estado en pésimas condiciones para que la comunidad pueda transitar por dicho tramo, situación que se ve agravada en épocas de invierno debido a que las lluvias dejan el camino intransitable.

Que por lo anterior, en octubre de 2019 solicitó a la Secretaría de Obras Públicas de Manizales, la instalación de una placa huella, lo cual fue contestado por medio de oficio SOPM-3122-GP-19-GED42619-19 donde decía que dicha placa huella se iba a incluir en la lista de inventarios de necesidades de 2019, sin que hasta la fecha de interposición de la acción popular, las obras se llevaran a cabo.

Con fundamento en lo anterior solicitó la protección del derecho colectivo al goce del espacio público, y que en consecuencia fuera ordenado al municipio realizar las obras de pavimentación de la vía La Palma, específicamente en el sector de San Isidro, adicional a las obras de manejo de aguas que resulten necesarias para el mantenimiento de la mismo.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones indicando que, no ha vulnerado ni puesto en peligro por acción u omisión los derechos colectivos invocados por el demandante.

Expuso que se le había indicado al hoy accionante en varias oportunidades, que se habían efectuado varias visitas técnicas a la vía denominada San Isidro-La Arboleda, y que la misma se atendía anualmente con mantenimiento mecanizado en el marco del convenio que se suscribe anualmente con el Comité Departamental de Cafeteros.

La entidad demandada no formuló excepciones.

2.2. Aguas de Manizales SA ESP

Se opuso a las pretensiones, argumentando que en el sector objeto de acción popular, no existen redes de alcantarillado a su cargo y las redes de acueducto se encuentran en buen estado.

Propuso como excepciones las que denominó: i) *Inexistencia de nexos causal*, ii) *Falta de legitimación en la causa*, iii) *Inexistencia de violación a los derechos colectivos por parte de Aguas de Manizales S.A E.S. P*, y iv) *Genérica*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró probada de oficio la excepción de *“Carencia de pruebas que constituya vulneración de derechos colectivos”*, en consecuencia negó las pretensiones del actor popular.

Para fundamentar la decisión señaló que, le correspondía al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende. Que, de conformidad con los supuestos fácticos planteados por el actor y las pruebas arrimadas a la actuación judicial, no se acreditó la violación de derechos o intereses colectivos, pues el municipio de Manizales tiene diferentes políticas públicas, que le permiten priorizar o no la realización de las obras de infraestructura de la ciudad.

Agregó que: *“...la solicitud de mejoramiento vial realizada por un sector de la comunidad, no encierra violación de los derechos que se pretenden proteger con la acción popular pues este mejoramiento, hace parte de las competencias regladas y a cargo del municipio de Manizales, que, dentro de su agenda de políticas públicas y priorización de necesidades, identifica y soluciona en la medida de las limitaciones propias del manejo del presupuesto público.”* (sic)

Por lo anterior, concluyó que el actor no cumplió con la carga de probar los hechos sobre los cuales estimó la amenaza o vulneración de los derechos colectivos.

4. Recurso de apelación

El actor solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y que se accedan a las pretensiones, para ello señaló que, en el fallo hubo una indebida valoración probatoria, puesto que en el oficio SOPM-3122-GP-19-GED-42619-19 de 2019, la administración señaló que la placa huella sería incluida en la lista de inventarios de necesidades para ese año; que en posteriores solicitudes requirió que se incluyera la reparación de la vía, sin embargo, en 2022, fecha en la que se instauró la acción popular la vía continuaba en constante deterioro, causando problemas de movilidad.

Adicionalmente expuso que la administración municipal en todas las respuestas que ha dado a la comunidad ha indicado la necesidad de construcción de la placa huella, lo cual además ha creado una expectativa en la comunidad, sin que se haya materializado hasta la fecha; que, son precisamente las competencias regladas las que obligan al ente territorial a desplegar todas las acciones necesarias para construir y conservar las vías, en este caso suburbanas y veredales.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De acuerdo con la sentencia y el recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Se encuentra acreditada o no la amenaza o vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra la vía La Palma, específicamente en el sector de San Isidro del municipio de Manizales?*

Para ello se analizará: i) el marco jurídico sobre la naturaleza de la acción popular; el derecho colectivo al goce del espacio público y ii) el caso en concreto.

2. Marco jurídico

2.1. Naturaleza de las acciones populares

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

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c)

la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

2.2. Derecho colectivo al goce del espacio público y función de las entidades territoriales

El artículo 2° de la Constitución señala que, son fines esenciales del Estado, entre otros, *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*. Igualmente, se estableció que *“[l]as autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”*.

El artículo 311 ibidem, indica que, *“[a]l municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes”*.

El artículo 3° de la **Ley 136 de 1994** modificado por el artículo 6° de la Ley 1551 de 2012, señala que, corresponde al municipio:

1. *Administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley.*

...

3. *Promover el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal. Para lo anterior deben tenerse en cuenta, entre otros: los planes de vida de los pueblos y comunidades indígenas y los planes de desarrollo comunal que tengan los respectivos organismos de acción comunal.*

...

7. *Procurar la solución de las necesidades básicas insatisfechas de los habitantes del municipio, en lo que sea de su competencia, con especial énfasis en los niños, las niñas, los adolescentes, las mujeres cabeza de familia, las personas de la tercera edad, las personas en condición de discapacidad y los demás sujetos de especial protección constitucional.*

...

9. *Formular y adoptar los planes de ordenamiento territorial, reglamentando de manera específica los usos del suelo en las áreas urbanas, de expansión y rurales, de acuerdo con las leyes y teniendo en cuenta los instrumentos definidos por la UPRA para el ordenamiento y el uso eficiente del suelo rural. Optimizar los usos de las tierras disponibles y coordinar los planes sectoriales en armonía con las políticas nacionales y los planes departamentales y metropolitanos. Los Planes de*

Ordenamiento Territorial serán presentados para revisión ante el Concejo Municipal o Distrital cada 12 años.

10. *Velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del ambiente, de conformidad con la Constitución y la ley.*

11. *Promover el mejoramiento económico y social de los habitantes del respectivo municipio, fomentando la industria nacional, el comercio y el consumo interno en sus territorios de conformidad con la legislación vigente para estas materias.*

...

19. *Garantizar la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico a los habitantes de la jurisdicción de acuerdo con la normatividad vigente en materia de servicios públicos domiciliarios.*

...

23. *En materia de vías, los municipios tendrán a su cargo la construcción y mantenimiento de vías urbanas y rurales del rango municipal. Continuarán a cargo de la Nación, las vías urbanas que formen parte de las carreteras nacionales, y del Departamento las que sean departamentales”.*

En cuanto a la infraestructura de transporte, la **Ley 105 de 30 de diciembre de 1993**¹, dispone como principio que “[e]l transporte es elemento básico para la unidad Nacional y el desarrollo de todo el territorio colombiano y para la expansión de los intercambios internacionales del País”². El artículo 19 establece que “[c]orresponde a la Nación y a las **Entidades Territoriales** la construcción y la conservación de todos y cada uno de los componentes de [la infraestructura de transporte de] su propiedad, en los términos establecidos en la presente Ley” y el artículo 20 menciona que “[c]orresponde al Ministerio de Transporte, a las entidades del Orden Nacional con responsabilidad en la infraestructura de transporte y a las **Entidades Territoriales, la planeación de su respectiva infraestructura de transporte, determinando las prioridades para su conservación y construcción...**”.

En cuanto al espacio público, la Ley 9ª del 11 de enero 1989³ señala:

“Artículo 5º.- Entiéndese por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva; para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos

¹ “Por la cual se dictan disposiciones básicas sobre el transporte, se redistribuyen competencias y recursos entre la Nación y las Entidades Territoriales, se reglamenta la planeación en el sector transporte y se dictan otras disposiciones”.

² Artículo 2.º, literal “d. De la integración nacional e internacional [...]”.

³ “Por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compra - Venta y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones”.

básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo...". (Resalta la Sala).

En relación con la gestión del suelo y el espacio como elementos constitutivos del Estado, la Ley 388 de 1997⁴ definió la función constitucional de ordenación del territorio⁵ la cual debe regirse por el principio de prevalencia del interés general⁶, y tiene como fines:

- "1. Posibilitar a los habitantes el acceso a las vías públicas, infraestructuras de transporte y demás espacios públicos, y su destinación al uso común, y hacer efectivos los derechos constitucionales de la vivienda y los servicios públicos domiciliarios.*
- 2. Atender los procesos de cambio en el uso del suelo y adecuarlo en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.*
- 3. Propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural.*
- 4. Mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales..."⁷.*

El Decreto 1504 de 4 de agosto de 1998⁸, reitera que "[e]s deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, **los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo**".

De acuerdo a lo anterior, es claro que al municipio le corresponde el deber de planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público, el cual comprende entre otros aspectos, las vías públicas e infraestructuras de transporte.

3. Análisis sustancial del caso concreto

⁴ Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

⁵ Constitución Política: artículos 102 (La Nación); 285 (Clasificación del territorio); 298 (Departamentos); 305, 2 (Gobernadores); 306 (Regiones); 311 (Municipios); 319 (Áreas metropolitanas), entre otros.

⁶ Artículo 2.º.

⁷ Artículo 3.º.

⁸ Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial

Respecto a la amenaza o vulneración del derecho colectivo, que se relaciona estrictamente con la realización de obras de construcción de la pavimentación de la vía La Palma específicamente en el sector de San Isidro del municipio de Manizales, se encuentra acreditado que:

- Por medio de oficio SOPM 735 GP-21 GED 12373-21 del 25 de marzo de 2021 la Secretaría de Obras Públicas de Manizales informó que: *“...se programará visita al sitio, vereda La Palma, sector Hospital San Isidro, en compañía del peticionario para evaluar la necesidad, incluirla en el listado de pendientes que maneja la Secretaría de Obras Públicas municipal y atenderlo en la medida que se cuente con recursos”*.⁹

- El accionante en agosto de 2021, solicitó a la Secretaría de Obras Públicas de Manizales: *“...la instalación de placa huella, pavimentación o cualquier otra obra que permita el paso de vehículos por el sector del lembo hasta el árbol de Cedro”*.¹⁰

- La Secretaría de Obras Públicas emitió el Concepto Técnico SOPM 884-22 UGO-VR-22 GED 19784-22 del 27 de abril de 2022¹¹, en el cual, sobre la construcción de placa huella en la vía objeto de análisis, indicó:

“...se han efectuado varias visitas técnicas a la vía denominada San Isidro-La Arboleda la misma se atiende anualmente con mantenimiento mecanizado en el marco del convenio que se suscribe anualmente con el Comité Departamental de Cafeteros, dicha vía presenta unos tramos de fuerte pendiente lo que pueden ser objeto de mejoramiento mediante construcción de placa huellas en concreto, al peticionario se le ha respondido referente al requerimiento, que el mismo se incluiría dentro del inventario de necesidades de la Secretaría de Obras Públicas, para ser ejecutado de acuerdo con un orden de prioridad y con los recursos que se cuente en futuras vigencias fiscales.

La Secretaria posee un inventario con las necesidades de mejoramiento en placa huellas de las diferentes vías de la malla vial rural, las estas son múltiples (la malla vial rural está conformada por 210 Km) y los recursos limitados, ahí es donde se van priorizando las atenciones y son tenidos en cuenta criterios como disponibilidad de recursos, altas pendientes de la vía, cantidad de usuarios a beneficiar entre otros factores, presencia de fuertes humedades en la calzada, entre otros.”

En cuanto al estado de las redes de acueducto y alcantarillado, Aguas de Manizales emitió *“Informe Técnico Acción Popular Vereda La Palama Sector San Isidro”* del 20 de abril de 2022¹² y, respecto a lo observado sobre la vía describió:

“En el recorrido que se realizó por el sector, se observa vía destapada con algunos puntos de huellas en enrocado y adoquines, es de resaltar que la empresa por este

⁹ Pág. 11-12 AD “02”

¹⁰ Pág. 7-8 AD “02”

¹¹ Pág. 4-5 AD “06”

¹² Pág. 10-12 AD “05”

sector no cuenta con redes de alcantarillado ni administra infraestructura existente de captación de aguas lluvias tales como sumideros, adicionalmente esta entidad no es la encargada de construcción de infraestructura vial ni elementos nuevos de manejo y captación de aguas lluvias.

Por este sector la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P. presta el servicio de acueducto con una red de acueducto de 1" material PVC la cual se encuentra en buen estado y correcto funcionamiento, dicha red pasa enterrada en la vía y abastece de agua potable a 15 suscriptores aproximadamente."

- Además se recibió declaración de Luis Felipe Castaño Granada, quien labora para Aguas de Manizales en calidad de Director de Redes desde 2014, y señaló que, el equipo técnico de Aguas de Manizales realizó visita al sector conocido como la "Tomatera" de la vía San Isidro – La Arboleda, lugar donde se identificó un camino veredal, que el sector tiene una vía adoquinada, otra con un sistema de enrocado y otra destapada. Expuso que, en este sector, la empresa no tiene ni administra redes de alcantarillado, ni de manejo de aguas lluvias o sumideros.¹³

De acuerdo a lo anterior, si bien el actor popular en la apelación indicó que, en el oficio SOPM-3122-GP-19-GED-42619-19 del 2019, la administración señaló que la placa huella sería incluida en la lista de inventarios de necesidades para 2019, y que en efecto ello no ha sido realizado, la Sala encuentra acreditado, conforme al Concepto Técnico SOPM 884-22 UGO-VR-22 GED 19784-22 del 27 de abril de 2022¹⁴ emitido por la Secretaría de Obras Públicas de Manizales que, a la vía denominada San Isidro – La Arboleda, se le realiza mantenimiento anualmente, en el marco del convenio que se suscribe con el Comité Departamental de Cafeteros, que además, según el citado concepto la vía presenta: *"unos tramos de fuerte pendiente lo que pueden ser objeto de mejoramiento mediante construcción de placa huellas en concreto"*.

Adicionalmente, en el "Informe Técnico Acción Popular Vereda La Palama Sector San Isidro" del 20 de abril de 2022¹⁵ elaborado por Aguas de Manizales, sobre el estado de la vía se indicó: *"se observa vía destapada con algunos puntos de huellas en enrocado y adoquines"*.

Las pruebas anteriormente referidas, si bien permiten afirmar que la vía es *destapada* y que pueden ser *objeto de mejoramiento mediante construcción de placa huellas en concreto*, no permiten señalar que por su estado, se esté afectando la movilidad de la comunidad que habita el sector, ni permite afirmar que la vía puede generar un riesgo para los usuarios de la misma.

¹³ AD "20"

¹⁴ Pág. 4-5 AD "06"

¹⁵ Pág. 10-12 AD "05"

Sobre la carga probatoria que tiene el actor popular, el artículo 30 de la Ley 472 de 1998¹⁶ señala que a este le corresponde probar la vulneración de los derechos colectivos. Este es el denominado principio “*onus probandi*” que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado; así, en fallo de 8 de junio de 2018¹⁷ indicó:

“ XV.1.18. Sumado a todo lo anterior, es claro que frente a estas situaciones el actor tenía la carga de probarlas en el curso del proceso, conforme a lo previsto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, actividad procesal que corresponde al principio del “onus probandi”, definido por la doctrina en los siguientes términos¹⁸:

*“[...] [C]on esta expresión se quiere indicar **la actividad correspondiente a cada una de las partes en la tarea de hacer conocidos del juez los hechos en que se basan sus afirmaciones de la demanda o de la defensa.***

Son tres las reglas que informan la carga de la prueba, a que no escapa ninguna legislación antigua ni moderna, a saber:

1. Onus probandi incumbit actori, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción.

2. Reus, in excipiendo, fit actor, o sea que el demandado, cuando excepciona o se defiende, se convierte en demandante para el efecto de tener que probar a su turno los hechos en que funda su defensa; y

3. Actore non probante, reus absolvitur, es decir, que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si éste no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda.

(...)

*La distribución de la carga de la prueba consagrada en el artículo 1757 del C.C. tiene por fundamento una **regla de experiencia universal: el interés o conveniencia de cada una de las partes de sacar adelante sus propias afirmaciones.** Quien pretenda ser acreedor al cumplimiento o pago de una prestación es el interesado y no el deudor, en hacer conocidos del juez, mediante la prueba pertinente, los hechos base de su pretensión (...).*

XV.1.19. *Se entiende, entonces, que el “onus probandi” persigue que las partes asuman en el proceso un rol activo, es decir, sin limitarse a la diligencia del juez como conductor del proceso o a las deficiencias probatorias de la contraparte. No*

¹⁶ Artículo 30.- Carga de la Prueba. La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella. En el evento de no existir la posibilidad de allegar la prueba respectiva, en virtud de lo establecido en el inciso anterior, el juez podrá ordenar su práctica con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de marzo de 2014, Rad.: 25000-23-15-000-2010-02404-01(AP), C.P. Stella Conto Diaz Del Castillo.

¹⁸ Cita de Cita: Antonio Rocha Alvira, Derecho Probatorio, Universidad Externado de Colombia, 1987.

obstante, si bien la carga procesal exige una conducta de la parte involucrada, ésta conserva, en todo caso, la facultad de ejercerla o no, sin que pueda el Juez u otra persona coaccionar su ejercicio. Lo anterior, por cuanto, la omisión en el cumplimiento de la carga procesal que le corresponde a la parte actora trae consigo eventuales consecuencias desfavorables, como lo es, el no acreditar los hechos en que sustenta su demanda y, en virtud de ello, obtener un fallo desfavorable.

XV.1.20. *Ahora bien, el principio del “onus probandi” admite excepciones, previstas especialmente, cuando la carga de prueba resulta ser desproporcionada, irrazonable o injusta, permitiéndole al juez pronunciarse frente a la distribución de la carga de la prueba.*

XV.1.21. *Es así como, el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, impone al Juez constitucional del deber de impartir las órdenes correspondientes para suplir las deficiencias probatorias, en aquellos eventos donde la carga no pueda ser cumplida por razones de orden económico o técnico; sin que con ello se suplan las cargas impuestas a las partes, y el deber de actuar de forma diligente en el trámite procesal”. (se resalta).*

Y en sentencia del 30 de junio de 2011¹⁹, señaló:

*“... para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado, pues tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, **tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora.**” (se destaca)*

De modo que, correspondía al actor popular demostrar la amenaza o vulneración real, directa, inminente, concreta y actual del derecho colectivo; carga que como lo señaló el *a quo*, no se cumplió y por el contrario, el municipio acreditó que periódicamente viene realizando labores de mantenimiento mecanizado en el marco del convenio que se suscribe anualmente con el Comité Departamental de Cafeteros.

Ahora bien, en cuanto al argumento traído a colación por el actor popular, relacionado con que el municipio ha creado la expectativa en la comunidad de la construcción de placa huella, la Sala evidencia que, ello tampoco es suficiente para dar por acreditada la amenaza o vulneración del derecho colectivo, además que, en el oficio SOPM 735 GP-21 GED 12373-21 del 25 de marzo de 2021, la Secretaría de Obras Públicas de Manizales, señaló que evaluaría la necesidad de

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Primera C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno, 30 de junio de 2011. Rad.: 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP)

su construcción atendiendo la lista de pendientes y en la medida de los recursos con los que se cuente; además, porque en el Concepto Técnico SOPM 884-22 UGO-VR-22 GED 19784-22 del 27 de abril de 2022²⁰, se indicó con claridad que dicho sector será atendido teniendo en cuenta: “...criterios como disponibilidad de recursos, altas pendientes de la vía, cantidad de usuarios a beneficiar entre otros factores, presencia de fuertes humedades en la calzada, entre otros”.

4. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que, no se encuentra acreditada la amenaza o vulneración del derecho colectivo al goce del espacio público, teniendo en cuenta el estado en que se encuentra la vía La Palma, específicamente en el sector de San Isidro del municipio de Manizales, pues las pruebas aportadas, si bien permiten afirmar que la vía es *destapada* y que pueden ser objeto de mejoramiento mediante construcción de placas huella en concreto, no permiten señalar que por su estado, se esté afectando la movilidad de la comunidad que habita el sector, ni permite afirmar que la vía puede generar un riesgo para los usuarios de la misma. Además, el municipio acreditó que periódicamente viene realizando labores de mantenimiento mecanizado en el marco del convenio que se suscribe anualmente con el Comité Departamental de Cafeteros.

Por lo tanto, se confirmará la sentencia apelada.

5. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas en esta instancia, aunado a que no se causaron.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia del 13 de septiembre de 2023 preferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor **Sebastián Zuluaga Giraldo** contra el **municipio de Manizales y Aguas de Manizales S.A ESP.**

Segundo: Sin costas en esta instancia.

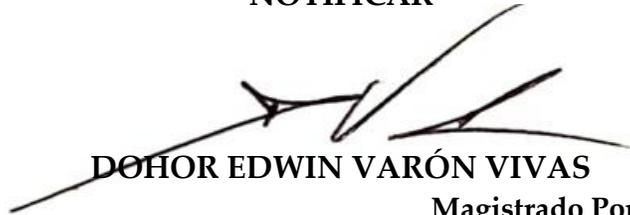
²⁰ Pág. 4-5 AD “06”

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Cuarto: Notificar esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 68 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 275

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-002-2022-00373-02
Naturaleza: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
Demandante: José Gabriel González Navarro
Demandado: Departamento de Caldas

Se resuelve el recurso de apelación formulado por el departamento de Caldas contra la sentencia que accedió a las pretensiones del actor.

I. Antecedentes

1. Demanda

El actor señaló que, existe deterioro de la vía que del municipio de Manizales conduce al municipio de Aránzazu, paraje Puerto Samaria y Varsovia, costado izquierdo, con riesgo de colapso total.

Con fundamento en lo anterior solicitó la protección de los derechos colectivos a *la defensa del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la seguridad y salubridad públicas y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; la realización de construcciones, respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes*, y en consecuencia fuera ordenado al departamento de Caldas, ejecutar las gestiones (estudios, diseños, frentes de obra, contratación, obras civiles, etc.) que sean necesarias y oportunas para que se repare integralmente el daño que se ha causado a esa vía departamental.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

2.1. Departamento de Caldas

Indicó que, a través de la Secretaría de Infraestructura ha realizado las obras de mantenimiento en la vía de orden departamental Neira –Aránzazu K18+800, sector Puerto Samaria, en donde se presenta un “*boquete*” con un radio aproximado de 50 centímetros, profundidad de 4 metros y una sobreexcavación de 1.6 metros por 3.2

metros. Añade que la ladera inferior a la vía tiene un proceso de erosión que ha dejado al descubierto la zapata de la estructura de contención, lo que ha generado grietas en el muro, ya que la estructura esta sobre el talud con fuerte pendiente. Debido a la circulación vehicular el material sobre el que se cimenta la zapata se desprendió, favoreciendo el lavado de material de lleno y el daño en la carpeta asfáltica.

Sostuvo que en este caso se ha presentado un hecho superado, y formuló las siguientes excepciones: -. *“Inexistencia de derecho colectivo supuestamente vulnerado por el departamento de Caldas”*: el departamento ha realizado las intervenciones para el mejoramiento de la vía en condiciones de seguridad y transitabilidad, por lo que no existe el daño como elemento para la procedencia de la acción popular; -. *“Inexistencia de vulneración de derechos colectivos por el departamento de Caldas”*: la vía objeto de esta acción popular ya fue intervenida y reparada por la administración departamental y -. *“Carencia actual de objeto”*: en la actualidad no existe realmente amenaza o vulneración de derechos colectivos.

2.2. Coadyuvantes

Los ciudadanos Jaime Arturo Vargas Orozco y Carlos Manuel Morales Jiménez, cuestionaron la obra realizada por el departamento para la reparación de la vía, afirmando que les causa daños en el predio de su propiedad.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró que el departamento de Caldas incurre en amenaza por omisión a los derechos colectivos al goce del espacio público y la prevención de desastres previsibles técnicamente y dispuso:

“TERCERO: En consecuencia SE ORDENA al Gobernador del Departamento de Caldas sr Luis Carlos Velásquez o a quien haga sus veces, que en el término de tres (3) meses siguientes a la expedición de esta sentencia proceda realizar los estudios técnicos para definir el tipo de estructura de entrega de las aguas de la vía intermunicipal Neira – Aranzazu, en el punto entre los sectores Puerto Samaria y Varsovia objeto de esta acción popular, de tal forma que se capten todas las aguas en un solo punto y se entreguen en la parte inferior del muro de contención de manera controlada; posteriormente, construir un descole en canal en concreto, hasta un punto donde no se generen procesos de inestabilidad que puedan llegar a afectar el muro de contención y/o la banca de la vía.

Realizado lo anterior, se le otorga un término de seis (6) meses para la contratación y ejecución de la obra definida, previos los trámites contractuales pertinentes, así como la construcción de una baranda o barrera vehicular sobre la corona del muro de contención existente, en una longitud aproximada de 50 metros”.

Para fundamentar la decisión señaló que, si bien el Departamento realizó algunas

reparaciones a la malla vial, esta no ha concluido, pues la causa del daño aún debe mitigarse, por lo que existe una vulneración de los derechos colectivos. En esa medida sostuvo que debe realizarse un manejo definitivo de las aguas lluvias y de esta manera evitar futuros procesos de inestabilidad.

En lo que respecta a la intervención de los coadyuvantes, señaló que esta clase de procesos no están concebidos para solucionar conflictos de carácter particular.

4. Recurso de apelación

El **departamento de Caldas** señaló que, se demostró que ha adoptado todas las medidas técnicas, administrativas y presupuestales, para garantizar la corrección de las fallas en la estructura de la vía departamental.

Indicó que, el subprograma *Mantenimiento de la Red Vial Departamental*, tiene como objetivo primordial preservar y mantener la red vial en óptimas condiciones de transitabilidad; que en la actualidad, se está realizando la estrategia "*Adiós Huecos*", implementada sobre el corredor vial Manizales - Aguadas, la cual se inició el 26 de junio de 2023, en virtud del cual fue suscrito el contrato interadministrativo 21062023-1037, cuyo objeto es "*ADMINISTRACIÓN, OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO DE LA MAQUINARIA ADSCRITA A LA SECRETARÍA DE INFRAESTRUCTURA DE LA GOBERNACIÓN DE CALDAS PARA EL MANTENIMIENTO PERIÓDICO DE LAS VÍAS DE LA RED VIAL DEL DEPARTAMENTO*", en el que se incluye como actividad complementaria el mantenimiento periódico y el *reparcheo* de las vías.

Subsidiariamente solicitó se modifique el ordinal tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de ampliar los plazos para realizar las obras, argumentando que en la actualidad se encuentran vigentes los efectos de la Ley 996 de 2005.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De acuerdo con los argumentos de la apelación, se centran en establecer: *¿Se encuentra acreditada la existencia de una amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos invocados en la demanda, teniendo en cuenta las condiciones de la vía de orden departamental Neira – Aranzázu, sector Puerto Samaria del departamento de Caldas? ¿El plazo señalado en la sentencia para la realización de las obras debe ser ampliado?*

Para su resolución, se analizará: i) el fundamento jurídico de la acción popular y el alcance de los derechos colectivos invocados; ii) los hechos probados y ii) análisis del caso en concreto.

2. La acción popular y alcance de los derechos colectivos invocados

De acuerdo con su definición constitucional - artículo 88 de la Constitución Política- y legal -artículo 2, inciso 2 de la Ley 472 de 1998, las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos consagrados por la Constitución y la ley, o para restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Se trata, según lo dispuesto por el artículo 9º de la precitada ley, de acciones que proceden contra toda acción u omisión de las autoridades o particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos. Por ende, a la luz de lo dispuesto por los artículos 2º y 9º *ejusdem*, la acción popular se ha calificado como un medio procesal de carácter preventivo, reparativo, correctivo o restitutorio, dependiendo de las particularidades del caso.

Conforme a los hechos y pretensiones invocados por la parte demandante, se señalan como vulnerados los derechos al goce del espacio público y a la seguridad y prevención de desastres.

En cuanto al derecho al goce del espacio público: el artículo 82 de la Constitución establece que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular”*. En concordancia, el Decreto 1504 de agosto 4 de 1998, *“Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial”*, sobre el espacio público y su destinación señala en su artículo primero que *“es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular. En el cumplimiento de la función pública del urbanismo, los municipios y distritos deberán dar prelación a la planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público sobre los demás usos del suelo”*.

Con respecto al concepto de espacio público el artículo 5 de la Ley 9ª de 1989, prevé:

“Artículo 5º Entiéndase por espacio público el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes.

“Así, constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, [...], y en general, todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyen, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo.”

El artículo 674 del Código Civil sobre los bienes públicos y de uso público, señala:

“Se llaman bienes de la Unión aquéllos cuyo dominio pertenece a la República. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio”.

Acerca de la utilización del espacio público, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el siguiente sentido:

“En cuanto al espacio público, no es cierto que constituya un derecho constitucional fundamental, pues su ubicación dentro del cuerpo de la Carta Política, la relación que guarda con el interés general y el hecho de no ajustarse a ninguno de los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para tenerlo por fundamental, claramente sugieren la idea de que se trata de un derecho constitucional colectivo y del ambiente, que se desprende de la obligación del Estado colombiano de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común [...] En principio, el uso del espacio público, en tanto derecho constitucional de carácter colectivo, solamente puede protegerse por vía de acciones populares”¹.

Así, el goce del espacio público, incluye los derechos a circular libremente por el territorio nacional² y a usar las carreteras como bienes de uso público, así como la correlativa obligación del Estado de garantizar la integridad del espacio público y su destinación al uso común³.

En cuanto al derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente: se encuentra consagrado en el literal l) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, y está 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”*.⁴

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, el Consejo de Estado haya destacado el carácter preventivo de este derecho haciendo énfasis en su vocación de *“evitar la consumación de los distintos*

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-537 de 1997. M.P.: Fabio Morón Díaz.

² ARTICULO 24. *Todo colombiano, con las limitaciones que establezca la ley, tiene derecho a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él, y a permanecer y residenciarse en Colombia”.*

³ “ARTICULO 82. *Es deber del Estado velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular*

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. 26 de marzo de 2015. Rad.: 15001-23-31-000-2011-00031-01

tipos de riesgo que asedian al hombre en la actualidad"⁵. 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 instaura como estándar de sus actuaciones. *"Todo ello, lógicamente, en un marco de razonabilidad y de proporcionalidad, pues mal puede suponer la imposición a la Administración de obligaciones imposibles de cumplir por razones técnicas, jurídicas, económicas o sociales"*⁶.

3. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, es claro que, al Departamento le corresponde el deber de planeación, construcción, mantenimiento y protección del espacio público, el cual comprende entre otros aspectos, las vías públicas e infraestructuras de transporte, responsabilidad que no es objeto de discusión por parte del ente territorial demandado.

En esa medida, en cuanto a la vulneración de los derechos colectivos, se encuentra acreditado que:

- El señor José Gabriel Navarro, el 26 de septiembre de 2022, solicitó al departamento de Caldas que tomara las acciones pertinentes por el riesgo que representa el mal estado de la vía *"en el sector de Puerto Samaria y Varsovia entre los municipios de NEIRA y ARANZAZU"*.⁷

- El 20 de enero de 2023 la Secretaría de Infraestructura del departamento de Caldas⁸, realizó visita a la vía de orden departamental Neira – Aranzázu, sector Puerto Samaria, en la cual realizó un análisis de la zona y se indicaron las intervenciones realizadas, así:

"(...) se evidencia la presencia de un boquete con un radio aproximado de 50 cm, una profundidad de 4 m y una sobre excavación de 1.6 m x 3.2 m, como se evidencia en el registro fotográfico. En el sitio se había instalado un tronco de árbol como medida preventiva y de señalización, que al momento de la visita se encontraba al nivel de la rasante.

En la ladera inferior de la vía se observa un proceso de erosión que ha dejado al descubierto la zapata de la estructura de contención, lo que ha generado grietas en el muro, ya que la estructura se encuentra sobre un talud con una fuerte pendiente.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de mayo de 2013, Rad. No. 15001 23 31 000 2010 01166 01. C.P.: Guillermo Vargas Ayala.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia de 15 de julio de 2004, Expediente AP 1834; y Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. M.P. María Elizabeth García González. Rad. 2005-01449-01(AP).

⁷ Pág. 9-10 AD "02"

⁸ Pág. 20-23 AD "16"

Debido a la vibración producto de la circulación vehicular, el material sobre la que está cimentada la zapata se desprendió, favoreciendo el lavado del material del lleno y el daño en la carpeta asfáltica.”

En el informe en cita se señalaron las siguientes intervenciones:

“- Como primera instancia se realizan actividades de rocería a ambos lados de la vía, para garantizar la visibilidad en ambos sentidos. - Se instala la debida señalización en el sitio del evento, con el fin de evitar posibles afectaciones a los transeúntes a pie o motorizados que hagan uso de la vía.

- Se amplía el acceso del daño ocasionado en la carpeta asfáltica ya que la superficie de ésta se encontraba en falso, por la socavación en la estructura de la subrasante.

- Se realizan excavaciones en conglomerado en la parte inferior de la cimentación del muro, con el fin de reconformar la estructura en concreto ciclópeo para soportar de nuevo la zapata.

- Se recuperará la estructura de la subrasante de la vía, con un lleno de afirmado compactado. - Como última medida, se realizará la rehabilitación de la carpeta asfáltica en concreto reforzado con malla electrosoldada.”

-. Corpocaldas, atendiendo prueba de oficio decretada por el juzgado de primera instancia, realizó visita al tramo de la vía, entre Puerto Samaria y Varsovia, la cual quedó plasmada en el informe del 20 de abril de 2023⁹, dejando consignado el análisis del sector y además realizó recomendaciones para la mitigación del riesgo allí presente, así:

“- En el tramo de la vía intermunicipal Neira – Aranzazu, en un punto entre los sectores Puerto Samaria y Varsovia, se presentó durante el año 2022, el desconfinamiento y hundimiento de la banca de la vía, afectando la estructura del pavimento asfáltico que compone la capa de rodadura.

(...)

-. Según lo observado durante la visita, sobre la ladera inferior a la vía, se presentaron procesos de inestabilidad que afectaron una parte de la cimentación del muro antes referenciado, generando agrietamientos en la estructura. Así mismo, se presentó pérdida del material de relleno posterior del muro, lo cual provocó el desconfinamiento de la estructura del pavimento de la vía. Esta situación obligó a la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Caldas, a adelantar la submuración del muro con concreto ciclópeo en la zona central del muro en una altura aproximada de 2,5 m y un ancho de 4,5 m, y a reparar la estructura en afirmado y el relleno posterior del muro mencionado.

(...)

-. En el punto afectado de la vía, no existe transversal para el manejo de las aguas lluvias del talud superior de la vía, por lo que se presenta acumulación o

⁹ Pág. 1-5 AD “33”

concentración de aguas lluvias sobre la corona del muro, favorecido por el peralte de la vía, por lo cual, la Secretaría adelantó la demolición de un tramo de sardinel en una longitud aproximada de 20 cm, y de esta forma, permitir el paso del agua lluvia hacia la ladera inferior a la vía. Al momento de la visita, se encontró que la zona inferior del muro ha recuperado parte de cobertura vegetal.

(...)

-. De igual manera, se encontró que, en un tramo aproximado de 5 m de longitud, sobre la corona del muro, no existe sardinel, bordillo o baranda de protección, que brinde una seguridad vial para los vehículos y transeúntes que utilizan la vía."

En esa medida la autoridad medio ambiental, con el objeto de mitigar el riesgo allí existente, hizo las siguientes recomendaciones:

"-. Realizar monitoreo permanente de la ladera inferior de la vía Neira – Aranzazu en el sector visitado, con el fin de detectar la aparición de nuevas situaciones de riesgo que puedan llegar a generar riesgo en el sector, que comprometan la estabilidad de la banca de la vía.

-. Mejorar el manejo de aguas lluvias de este tramo de la vía, mediante la construcción del sardinel en el tramo faltante y reconstrucción del sardinel recién demolido, para evitar que las aguas lleguen a la ladera inferior de manera desordenada (en diferentes puntos de entrega), potenciando la generación de procesos de inestabilidad.

-. Analizar la posibilidad técnica y económica de construir una estructura de entrega de las aguas de la vía, de tal forma que se capten todas las aguas en un solo punto y se entreguen en la parte inferior del muro de contención de manera controlada; posteriormente, construir un descole en canal en concreto, hasta un punto donde no se generen procesos de inestabilidad que puedan llegar a afectar el muro de contención y/o la banca de la vía.

-. Monitoreos periódicos a fin de verificar la efectividad de las obras correctivas implementadas y adoptar las medidas que corresponda, según los resultados de los mismos.

-. Para mejorar las condiciones de seguridad de los actores viales que utilizan la vía, se recomienda la construcción de una baranda o barrera vehicular sobre la corona del muro de contención existente, en una longitud aproximada de 50 m."

Así las cosas, conforme a los informes técnicos recaudados, se logra evidenciar que en efecto el departamento de Caldas ha realizado obras en procura del mejoramiento de la vía objeto de la presente acción popular.

No obstante, como claramente quedó indicado en el informe técnico presentado por Corpocaldas, dichas acciones no son suficientes para la salvaguarda de los derechos colectivos invocados, es por ello por lo que realizó una serie de

recomendaciones técnicas a fin de mantener la estabilidad de la banca, así como para mejorar la estructura de entrega de aguas lluvias y obras para mejorar la seguridad de los actores viales. Acciones que resultan necesarias a fin de proteger los derechos colectivos que se encuentran amenazados.

Ahora bien, respecto de la aseveración del departamento de Caldas que el plazo otorgado en primera instancia para la realización de las obras resulta insuficiente, la Sala encuentra razonable dicho plazo, por cuanto en el fallo se indicó que, el ente territorial tendría un plazo inicial de 3 meses para realizar “ *los estudios técnicos para definir el tipo de estructura de entrega de las aguas de la vía intermunicipal Neira – Aranzazu, en el punto entre los sectores Puerto Samaria y Varsovia*”, e indicó que, luego de realizado dicho trámite, tendría un término adicional de 6 meses para la contratación y ejecución de las obras.

El ente recurrente para fundamentar la solicitud de ampliar los plazos argumenta que en la actualidad se encuentran vigentes los efectos de la Ley 996 de 2005 - Ley de garantías electorales-; dicho argumento no es de recibo toda vez que la prohibición establecida en el parágrafo del artículo 38 de esa normativa¹⁰, según la Resolución 28229 del 14 de octubre de 2022, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 29 de octubre de 2023 se realizarán las elecciones “*autoridades territoriales (gobernadores, alcaldes, diputados, concejales y ediles o miembros de las juntas administradoras locales*”, por lo cual se concluye que a la fecha de la expedición de esta providencia sus efectos ya han culminado, por lo tanto se negará dicha petición.

4. Conclusión

Se encuentra acreditada la amenaza y vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y a la seguridad y prevención de desastres y debido al mal estado de la vía departamental Neira – Aranzázu, sector Puerto Samaria, la presencia del desconfinamiento y hundimiento de la banca de la vía; y si bien el departamento de Caldas ha realizado obras en procura del mejoramiento de la vía, ellas no son suficientes para la salvaguarda de los derechos colectivos.

Además, el plazo otorgado en primera instancia para la realización de las obras resulta razonado y proporcional, por lo que no se accederá a su modificación.

Así las cosas, se confirmará el fallo de primera instancia.

5. Costas

¹⁰ “ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido: (...) PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, **dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.**”

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas en esta instancia, aunado a que no se causaron.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión del **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve

Primero: Confirmar la sentencia del 8 de septiembre de 2023 preferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor **José Gabriel González Navarro** contra el **departamento de Caldas**.

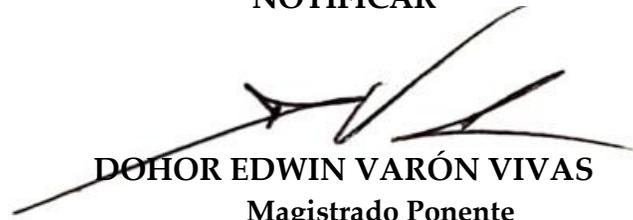
Segundo: Sin costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Juzgado de origen y hacer las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Cuarto: Notificar esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 68 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 235

Radicación:	17001 33 39 -006-2023-00230-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC
Demandado:	Ministerio de Hacienda, Colpensiones, departamento de Caldas, ESE Felipe Suarez de Salamina

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto que negó la medida cautelar solicitada.

I. Antecedentes

1. Demanda

La demandante solicita la declaratoria de nulidad parcial de: i) la Resolución SUB 125537 del 10 de junio 2020 emitida por Colpensiones, mediante la cual se *“Resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (vejez- recurso de reposición)”* respecto del señor Julio Enrique Arroyave Marín, en cuanto a la distribución de la cuota parte endilgada al Patrimonio Autónomo custodiado por delegación, en el artículo quinto de la precitada resolución; y ii) de la Resolución DPE 16851 del 22 de diciembre de 2020, mediante la cual se *“Resuelve un trámite de prestaciones económicas en el régimen de prima media con prestación definida (vejez-recurso de apelación)”* y se confirma en todas y cada de sus partes la Resolución SUB 125537 del 10 de junio de 2020.

Que en consecuencia, se declare que el Patrimonio Autónomo que custodia por delegación la DTSC no es la entidad competente y responsable de asumir el pago de la cuota parte causada por el señor Julio Enrique Arroyave Marín cuando laboró para la E.S.E Hospital Felipe Suárez de Salamina, desde el 01 de septiembre de 1979 hasta el 08 de mayo de 1983.

2. Solicitud de medida cautelar

La actora solicita la suspensión provisional de la Resolución SUB 125537 del 10 de junio de 2023, únicamente en los que respecta a la distribución de la cuota parte pensional a cargo del Patrimonio Autónomo custodiado por delegación por la DTSC, asumiendo Colpensiones el pago de la prestación hasta tanto se resuelva el fondo de la litis.

Para ello señaló que, la distribución de cuota parte pensional realizada por Colpensiones

frente al Patrimonio Autónomo custodiado por delegación por la DTSC vulnera los presupuestos contenidos en el Contrato de Concurrencia 083 de 2001, toda vez que, entre “el Ministerio de Salud, Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, Departamento de Caldas, municipio de Manizales y el Hospital Rafael Henao Toro”, se fijó la participación de estos entes para la financiación de la deuda de los funcionarios reconocidos como *beneficiarios* del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, mediante la Resolución 02937 del 20 de noviembre del 2000; cubriendo de esta manera los saldos causados por éstos entre el 01 de septiembre de 1979 a 31 de diciembre de 1993, por concepto de “*reserva pensional de activos (bonos y títulos pensionales) y reserva pensional de jubilados (pensiones) y cesantías*”.

Que, revisado el listado de beneficiarios del extinto fondo del pasivo prestacional del sector salud, el ciudadano Julio Enrique Arroyave Marín no se encuentra reportado por el Hospital Felipe Suarez de Salamina, situación por la cual, el pasivo causado no estaría cubierto a través del Contrato de Concurrencia 083 de 2001.

Que así las cosas, y evidenciado entonces que el procedimiento administrativo llevado a cabo por Colpensiones quebranta las disposiciones contempladas en el Contrato 083/2001, y que además se evidencia falta de competencia y ausencia de los elementos previos que habrán de constituirse para poder legitimar el actuar en contra del Patrimonio Autónomo custodiado por delegación por la DTSC, se hace posible traer a colación los fundamentos fácticos y jurídicos que le permitirán identificar a la célula judicial cuáles son las entidades que han debido responder desde un principio por la cuota parte pensional causada en el acto enjuiciado.

En tal sentido, la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y el departamento de Caldas son las encargadas del pasivo prestacional causado por el señor Arroyave Marín a través de una figura diferente al Patrimonio Autónomo (Contrato de Concurrencia 083 de 2001), teniendo en cuenta que los recursos del Contrato en mención cuentan con una destinación específica; no pudiéndose disponer partidas presupuestales para otros fines.

3. Oposición a la medida cautelar

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso a la medida cautelar señalando que, los motivos alegados por la demandante no se encuentran dirigidos en contra de la prestación reconocida a favor de del señor Julio Enrique Arroyave Marín ni ponen en duda el derecho prestacional allí reconocido, destacando que no se encuentra acreditado en la presente etapa procesal que la entidad demandante a la fecha hubiera efectuado pago alguno por concepto de cuota parte pensional, situación que supone que, desde el reconocimiento de la prestación, Colpensiones ha asumido el pago del 100% de esta, resultando inocua la solicitud de la demandante.

4. Providencia recurrida

El *a quo* negó la medida cautelar argumentando que, es una carga procesal del demandante a fin de suspender los efectos de los actos enjuiciados hasta el momento en que se profiera la sentencia, dilucidar el marco normativo objeto de infracción por la autoridad administrativa, situación que no fue avizorada *prima facie*; además hay que tener presente

que el acto demandado corresponde al reconocimiento de una pensión de vejez sobre la cual habría un porcentaje en discusión, más no la totalidad del derecho allí reconocido, por tanto, no se podría declarar la suspensión de sus efectos puesto que dejaría a una persona de avanzada edad sin su ingreso pensional a que tiene derecho, amenazando incluso derechos de raigambre constitucional tales como el mínimo vital y tampoco se podría ordenar a Colpensiones asumir dicho monto como quiera que no está acreditado en la medida solicitada, su responsabilidad en el pago correspondiente al 100% de las mesadas pensionales.

Que la indebida distribución de la prestación otorgada al señor Arroyave Marín no puede advertirse desde ya, debiéndose efectuar un análisis minucioso del material probatorio aportado por las partes, con el fin de verificar la posible ilegalidad en el acto demandado. Tampoco surge dicha vulneración de la valoración inicial de las pruebas aportadas, pues, para verificar su eventual infracción deberá adentrarse en el estudio pormenorizado de la resolución demandada, análisis que hace parte del estudio de la controversia que debe realizarse al momento de dictar sentencia.

Además, tratándose de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como lo indica el artículo 231 del CPACA, debió probarse siquiera sumariamente la existencia del perjuicio; situación que no aconteció.

5. Recurso de apelación

La actora solicitó revocar el auto y en su lugar decretar la medida cautelar reiterando que, los argumentos que respaldan la solicitud además de encontrarse fundados en el mismo concepto de violación de la demanda, contienen una sustentación específica y propia de la medida, en tanto del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores, se puede advertir la incongruencia y determinación errónea realizada por Colpensiones en contra del Patrimonio Autónomo custodiado por delegación por la DTSC.

Insiste en que, los tiempos laborados por el señor Arroyave Marín entre el 01 de septiembre de 1979 hasta el 08 de mayo de 1983 en la hoy ESE Hospital Felipe Suárez de Salamina, no pueden ser asumidos por la DTSC con recursos que componen el Patrimonio Autónomo, toda vez que no fue reportado como beneficiario de la concurrencia, es decir, que las entidades concurrentes no dispusieron partidas presupuestales para el pago de su pasivo pensional.

Que además, la exigibilidad de las cuotas partes pensionales se da a partir del pago de la correspondiente mesada pensional, gestión continua e indefinida que realiza Colpensiones para posteriormente surtir un proceso de cobro de manera persuasiva y coactiva a las entidades designadas como responsables, en este caso en contra de la DTSC, poniéndose en un riesgo jurídico y patrimonial a esta entidad y los recursos del Patrimonio Autónomo, ante la inminencia y apremio que genera el mandamiento de pago e incluso las ordenes de embargo y retención de dineros para procurar el pago de cuotas partes pensionales.

Que de ninguna manera al decretar la medida solo en lo concerniente a la cuota parte pensional, se va a alterar el valor de la mesada del señor Arroyave Marín, pues además de

que no es un asunto que se discuta dentro del proceso, la pensión fue reconocida con el lleno de unos requisitos que acreditó el interesado ante Colpensiones.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto. Además es procedente, por cuanto el auto que niega una medida cautelar se encuentra enlistado en el numeral 5 del artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

La atención de esta Sala Plural se contrae en determinar: *¿se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar como medida cautelar, la suspensión provisional del acto demandado, por infracción de las normas en las que debería fundarse?*

Para resolver lo anterior, se hará referencia a: i) el marco jurídico sobre: las medidas cautelares, para descender al ii) análisis sustancial del caso.

3. Marco jurídico - Sobre las medidas cautelares

La Ley 1437 de 2011 concibió la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos como medida cautelar en los casos en que del análisis que surja entre estos y las normas invocadas se evidencie la transgresión de estas últimas, en tal sentido el artículo 231 de la referida normativa señala:

“ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.
Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.” (Resalta la Sala)

Dado que esta figura intrínsecamente busca dejar en suspenso y de forma transitoria la presunción de legalidad del acto, previo a una decisión definitiva dentro del proceso respectivo y sin que el Juez deba realizar un análisis profundo del asunto planteado, en todo caso ha de evidenciarse la transgresión que el acto administrativo materializa sobre las normas invocadas.

Al respecto el H. Consejo de Estado expuso:

“Como lo tiene decantada la jurisprudencia de esta Corporación, la suspensión provisional de los actos administrativos, prevista como medida cautelar en el artículo 231 del CPACA, fue

*concebida para evitar que las decisiones de las autoridades manifiestamente ilegales puedan producir o continuar produciendo efectos, mientras sobreviene el fallo de fondo que los retire del ordenamiento jurídico, si resultan ciertos los argumentos de la demanda; de igual manera, se ha precisado que la medida implica desvirtuar de manera transitoria y anticipada la presunción de legalidad que acompaña los actos de la administración, es decir, que se constituye como juicio previo que conduce a negar aquella presunción. Por lo anterior, para desvirtuar tal presunción, es imperativo demostrar que la trasgresión del ordenamiento surge de la sola descripción de lo que mandan o prohíben las normas superiores y el contenido del acto acusado, de cuyo cotejo debe aparecer de modo nítido, directo y evidente que la aplicación de este, pugna con la vigencia de la norma de orden superior; empero, **si para verificar los supuestos que soportan la solicitud de suspensión provisional es necesario hacer algún tipo de análisis que implique elaboradas deducciones, ya no procede la medida cautelar pues debe privilegiarse la presunción de legalidad propia de los actos de la administración, lo que sin más implica que, de no ser evidente la violación al ordenamiento jurídico, debe reservarse su decisión para la sentencia de fondo, previo el estudio cuidadoso de todo el acervo probatorio vertido al plenario por las partes**".¹ (Se resalta).*

En este sentido, acorde a los anteriores planteamientos, procederá la Sala a efectuar el análisis del acto administrativo respecto de la normatividad a la que se acude como sustento de la medida cautelar, advirtiéndose que conforme lo prescribe el inciso 2° del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, la decisión que sea adoptada en la presente providencia no habrá de implicar prejuzgamiento.

4. Vulneración de la normativa invocada

Con el fin de determinar la viabilidad de la medida de suspensión provisional solicitada, resulta necesario establecer *prima facie* si el acto administrativo objeto de pretensiones de nulidad vulnera la normativa invocada bajo la egida de que, en el acto de reconocimiento de la pensión del señor Arroyave Marín, se incurrió en error, al determinar que una de las entidades responsables de asumir financieramente la cuota parte pensional asignada era la DTSC; en razón a que, entre la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento de Caldas se suscribió el Contrato de Concurrencia 083 de 2001, con el objetivo de financiar el pasivo prestacional causado a 31 de diciembre de 1993, solo de quienes se encontraran en calidad de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, condición que no tiene el señor Arroyave Marín.

Al respecto, la Ley 60 de 1993² Derogada por el art. 113, Ley 715 de 2001, creó el fondo prestacional del sector salud, así:

“ARTÍCULO 33.- Fondo Prestacional del Sector Salud. Reglamentado parcialmente por el Decreto 2313 de 1995 – Reglamentado por el Decreto 530 de 1994. Créase el Fondo Nacional para el pago del pasivo prestacional de los servidores del sector salud, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y estadística, con las

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A; M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. providencia de 23 de julio de 2014. Rad. 68001-23-33-000-2013- 0221-01(3531-13).

² “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

siguientes características:

1.- El Fondo Prestacional garantizará el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de que trata el numeral 2 del presente artículo, que se encuentren en los siguientes casos:

a) No afiliados a ninguna entidad de previsión y seguridad social, cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones.

b) Afiliados a entidades de previsión y seguridad social pero cuyos aportes no hayan sido cancelados o hayan sido cancelados parcialmente, excepto cuando la interrupción de los pagos respectivos se haya producido con posterioridad a la vigencia de esta Ley, o cuando las reservas se hayan destinado a otro fin.

c) Afiliados o pensionados de las entidades de previsión y seguridad social cuyas pensiones sean compartidas con las instituciones de salud, correspondiendo al Fondo el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de la entidad de salud cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones.

2.- Son beneficiarios del Fondo y tienen derecho a exigir el pago de la deuda de sus pasivos prestacionales, los servidores mencionados en el numeral 1 del presente artículo que pertenezcan a las siguientes entidades o dependencias del sector salud:

a) A las instituciones o dependencias de salud que pertenezcan al subsector oficial del sector salud;

b) A entidades del subsector privado del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, y aquellas privadas que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

c) A las entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

*3.- La responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional de los servidores de las entidades o dependencias identificadas en el numeral 2, reconocidas en los términos de la presente Ley, se establecerá mediante un reglamento expedido por el Gobierno Nacional que defina la forma en que deberán concurrir la Nación y las entidades territoriales, **para cuyo efecto se tendrá en cuenta la proporción en que han concurrido los diversos niveles administrativos a la financiación de las entidades y dependencias del sector salud de que trata el presente artículo, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades.***

4.- El Fondo se financiará con los siguientes recursos:

- a. Un 20% de las utilidades de Ecosalud;
- b. Un porcentaje de los rendimientos, que fije el Gobierno Nacional, proveniente de las inversiones de los ingresos obtenidos en la venta de activos de las empresas y entidades estatales;
- c. Las partidas del presupuesto general de la Nación que se le asignen.

PARÁGRAFO 1.- La metodología para definir el valor de los pasivos prestacionales y los términos de la concurrencia financiera para su pago será establecida mediante reglamento por el Gobierno Nacional. Ese reglamento además caracterizará la deuda del pasivo prestacional, la forma de manejo del Fondo, al igual que su organización, dirección u demás reglas de funcionamiento, en un período no mayor a los seis meses siguientes de expedida la presente Ley.

PARÁGRAFO 2.- El Gobierno Nacional y los Gobiernos Departamentales Distritales y Municipales podrán emitir bonos de reconocimiento u otros títulos de deuda pública para pagar el pasivo prestacional según reglamento que para el efecto se expida. Los pagos del pasivo prestacional por cesantías y pensiones podrán ser hechos a los fondos privados de cesantías y pensiones, a las cajas de previsión, al Instituto de Seguros Sociales o a los fondos territoriales que para el efecto se creen, y en todos los casos se entenderá que en la fecha de los pagos del pasivo prestacional causado se interrumpe cualquier retroactividad con cargo a la Nación, a las entidades territoriales o a la entidad de prestación de servicios de salud que corresponda”.

Ahora, en el acto demandado, esto es, la Resolución a Resolución SUB 125537 del 10 de junio de 2020, proferida por Colpensiones, en la que se realizó la distribución de la cuota parte de la pensión reconocida al señor Arroyave Marín, endilgándole un porcentaje al Patrimonio Autónomo custodiado por la DTSC, se tuvo en cuenta:

“Que la Dirección Territorial de Salud de Caldas bajo radicado No. 2020_5010338 de 20 de mayo de 2020 allegó ACPTACIÓN CONSULTA CUOTA PARTE PENSIONAL JULIO ENRIQUE ARROYAVE MARÍN (...), manifestando:

(...)

*Estando en el término legal para dar respuesta a la consulta de cuota parte pensional radicada por COLPENSIONES, me permito manifestar que **ACEPTAMOS** la carga prestacional que se le pretende endilgar a la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS, en concordancia con lo expuesto en Certificado de Información Laboral CETIL, de consecutivo No. 202002890801026000290002, expedido por el Hospital Felipe Suarez de Salamina - Caldas, el 25 de febrero de 2020.*

(...)

Por otra parte, el Departamento de Caldas responde a la Consulta de Cuota Parte efectuada el 2020_5060159 de 21 de mayo de 2020, el cual señala, en alguno de sus apartes:

(...)

*Verificado el certificado expedido por el Ministerio de Salud el 11 de Junio de 1.999, de los beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Departamento de Caldas, se encuentra el señor **JULIO ENRIQUE ARROYAVE MARÍN**, certificado en calidad*

de ACTIVO, por lo que es beneficiario de los recursos del Patrimonio Autónomo que administra la Dirección Territorial de Salud, por el tiempo laborado en el Hospital San Félix del Municipio de la Dorada, motivo por el cual deberá realizarse dicha consulta la Dirección Territorial de Salud de Caldas, en calidad de administrador de dichos recursos.

(...)

En razón a lo expuesto, el Hospital San Félix el municipio de la Dorada debe corregir el certificado CETIL, de acuerdo a los lineamientos establecidos por el Departamento de Caldas y asó Colpensiones poder realizar nuevamente la calidad de administrador de los recursos del Patrimonio Autónomo y al Hospital San Félix de la Dorada si es del caso".
(Resalta la Sala)

De acuerdo a lo anterior, se tiene que, la DTSC aceptó la cuota parte pensional propuesta por Colpensiones y que además el Departamento de Caldas informó que el señor Arroyave Marín sí era beneficiario de los recursos del Patrimonio Autónomo que administra la DTSC.

Por lo anterior, Colpensiones en el artículo quinto resolvió que la pensión estaría a cargo de:

<i>ENTIDAD</i>	<i>DÍAS</i>	<i>VALOR DE CUOTA</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES</i>	<i>8860</i>	<i>\$679,408</i>	<i>86.97</i>
<i>RECURSOS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO</i>	<i>1328</i>	<i>\$101,834</i>	<i>13.03</i>

Así las cosas, de la confrontación del acto administrativo que se solicitan suspender, con las disposiciones invocada como vulneradas, la Sala no evidencia de forma clara en esta etapa, una irregularidad que amerite la adopción de la medida cautelar.

Además, los aspectos referentes al debido proceso, así como la determinación de la entidad a la cual corresponde asumir el pago de la cuota parte de la pensión otorgada al señor Arroyave Marín, requieren un análisis minucioso del material probatorio, el cual no puede ser abordado en esta etapa inicial del proceso³.

De allí que, no pueda afirmarse es esta etapa procesal que, la violación de las disposiciones invocadas surja del simple análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas.

Por la misma razón, tampoco es evidente que el acto demandado este causando un detrimento significativo al erario público, como lo señala la entidad demandante, aunado a que no existe prueba del adelantamiento del proceso de cobro de manera persuasiva o coactiva por parte de Colpensiones contra la aquí demandante respecto a la cuota parte pensional que le corresponde.

5. Conclusión

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Decisión del 29 de marzo de 2019, radicado núm. 110010306000201800237-00; Decisión del 13 de mayo de 2019, radicado núm. 110010306000201800218-00 y Decisión del 21 de mayo de 2019, radicado núm. 11001-03-06-000- 2018-00224-00

Así las cosas, no se cumplen los presupuestos normativos necesarios para ordenar la suspensión provisional del acto demandado; por lo tanto, se confirmará la decisión que negó la medida cautelar solicitada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Caldas,

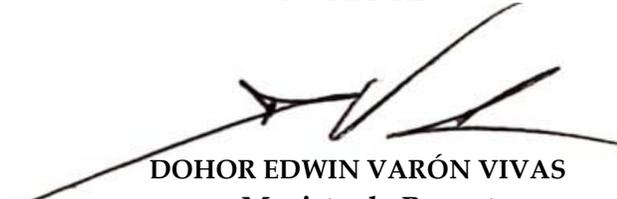
Resuelve:

Primero: Se confirma el auto proferido el 1º de septiembre de 2023, por el Juez Sexto Administrativo de Manizales, en cuanto dispuso negar la medida cautelar solicitada por la demandante, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formulado por la Dirección Territorial De Salud De Caldas contra el Ministerio de Hacienda, Colpensiones, departamento de Caldas, Ese Felipe Suarez de Salamina.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 68 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-23-33-000-2023-00094-00
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
DEMANDANTES	PERSONERO MUNICIPIO DE ARANZAZU
DEMANDADOS	MUNICIPIO DE ARANZAZU Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de protección a los derechos colectivos de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare que las entidades demandadas incurrieron en acción y/o omisión que amenaza, vulnera y pone en riesgo los derechos colectivos especialmente el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; y 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; los cuales están viendo vulnerados a los habitantes del sector calle de Los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3) del municipio de Aranzazu.
2. Que se ordene a las entidades demandadas procedan de manera inmediata y urgente a realizar los trámites necesarios para reanudar el contrato de obra nro. LP-002-2021, y en consecuencia la pavimentación de la calle de Los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3) y sus obras complementarias, sin mayores dilaciones y trabas.
3. Que se ordene a las entidades demandadas procedan de manera inmediata y urgente a realizar la terminación de las obras de pavimentación, y sus obras complementarias, informando en detalle los trámites pertinentes, anexando el nuevo cronograma de obras con fecha de entrega.

4. Que los gastos que ocasione el trámite del presente juicio se atiendan con cargo al fondo de acciones populares y de grupo, manejado por la Defensoría del Pueblo.

5. Las demás que el Tribunal Administrativo considere pertinentes en procura de la protección de los derechos vulnerados.

HECHOS

- Las entidades accionadas suscribieron convenio 366-2021, a fin de financiar el pavimento de vías rígidas en el municipio de Aranzazu a través del fondo de inversión para la Paz del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS.

- Para el día 2 de marzo de 2022, el municipio de Aranzazu, dentro del proceso de licitación pública LP-002-2021, suscribió con el Consorcio Aranzazu 2022 contrato de obra con el objeto de realizar la “Construcción de pavimento rígido vías urbanas en el marco del convenio no. 366-2021 entre el municipio de Aranzazu Caldas y Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - Fondo de Inversión para la Paz”, por un valor de \$564.337.034.

- Las vías a intervenir, en el marco del contrato suscrito, en el municipio de Aranzazu, Caldas, eran: (i) sector Bomberos (carrera 5 entre calles 2 y 3), (ii) sector Villanueva (carrera 3 entre calles 4 y 6), y (iii) sector Calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3).

- A la fecha, las obras en los sectores (i) sector Bomberos (carrera 5 entre calles 2 y 3), (ii) sector Villanueva (carrera 3 entre calles 4 y 6), se encuentran concluidas, no obstante, en el (iii) sector calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3), las obras se encuentran suspendidas desde el pasado mes de diciembre de 2022, con los inconvenientes que ello ha conllevado a la población de este sector.

- A la fecha, la obra sigue suspendida, conforme con el acta de suspensión de obra nro. 10 hasta el día 28 de mayo de 2022, bajo los mismos argumentos esgrimidos en el acta de suspensión de obra nro. 03 de 20 de diciembre de 2022, con lo cual se concluye que luego de transcurrido más cuatro (04) meses, las entidades contratantes no han procedido a realizar los trámites pertinentes a fin de adicionar los recursos solicitados.

- A la fecha, la comunidad del sector Calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3), se encuentra actualmente perjudicada, dado que la obra se encuentra suspendida,

evidenciándose los siguientes inconvenientes, que describe la población del sector, en petición allegada el día 09 de mayo del año en curso, un tramo de la vía sin pavimentación; piedra suelta en la vía sin pavimentar; piedras en el alcantarillado; andenes en mal estado y sin reparar y escombros en la vía; lo que afecta su libre circulación, seguridad y salubridad.

- Que mediante oficio 110-175 del 6 de mayo de 2023, se informó sobre el estado actual de los trámite necesarios para proceder con la reanudación del contrato, resaltando la necesidad de adicionar el contrato en \$38.756.497, añadiendo que el ente territorial se encuentra a la espera del concepto de la mesa técnica del DPS a fin de adicionar el contrato, y así proceder con la reanudación de obras, o en caso negativo, el municipio procedería con sus propios recursos a finalizar las obras pendientes, pero a la fecha han transcurrido más de 4 meses con las obras suspendidas, sin que se tenga clara la fecha en que finalizaran.

INTERVENCIÓN DE LAS ACCIONADAS

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL: en relación con los hechos afirmó de su gran mayoría que no le constaban.

Seguidamente, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al afirmar que la entidad no es la llamada a responder por cuanto a través del convenio interadministrativo nro. 366 FIP de 2021, se estableció expresamente en su clausulado que es la entidad territorial la responsable de definir el alcance de los proyectos a ser financiados por prosperidad social. También es responsable de adelantar los procesos pre-contractuales y de selección necesarios para contratar las obras, así como de supervisar el contrato de obra, debido a que es el encargado de la ejecución de los proyectos

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la por pasiva:** es clara la excepción como quiera que es a la entidad territorial accionada (municipio de Aránzazu - Caldas), a quien compete legalmente asumir su responsabilidad frente a los hechos mencionados en la acción popular y no a Prosperidad Social.

- **Falta de individualización y prueba de los daños y perjuicios presuntamente causados en el marco de las disposiciones constitucionales y legales que regulan las acciones populares:**

aunque el accionante aporta algunas pruebas, no demuestra dentro del cuerpo de la demanda cuáles fueron las pruebas que sustentan los perjuicios causados por Prosperidad Social, toda vez que no es esta entidad la llamada a responder por los hechos enunciados.

- **Ausencia de material probatorio que comprometa la responsabilidad administrativa del departamento administrativo para la prosperidad social:** las pruebas aportadas por la parte activa no demuestran el presunto daño antijurídico y que sobre este tenga responsabilidad el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social - DPS.

- **Inobservancia de los requisitos formales para la vinculación procesal del departamento administrativo para la prosperidad social:** no obra prueba en el expediente que efectivamente el demandante, previo a la presentación de la demanda, haya solicitado en especial al Departamento para la Prosperidad Social - DPS, la adopción de las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado, tal como lo prevé la norma, sin que se observe adicionalmente la excepción que trae dicha normatividad para poder prescindir del referido requisito, pues no se encuentra probado el inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable por la violación de los derechos e intereses colectivos.

- **Indebida escogencia del medio de control:** la parte demandante cuenta con otros medios de control idóneos para proteger sus derechos y pretensiones como es el medio de control reparación directa o controversias contractuales y no utilizar indebidamente la acción popular, puesto que la misma no es apta en todos los casos frente a la acción u omisión de Entidades Públicas como lo ha manifestado el H. Consejo de Estado – Sección Tercera - Sentencia 0744(AP-612) del 02/09/26.

- **Genérica**

MUNICIPIO DE ARANZAZU: en relación con los hechos indicó de unos que eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran verdaderos.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de vulneración de derecho colectivos por parte del municipio de Aranzazu:** del material probatorio se desprende que el ente territorial no ha vulnerado derechos colectivos, ya que la calle Los Largos es plenamente transitable por parte de vehículos y

peatones, sin restricción alguna; añadiendo que la obras que se ejecutaron en el sector se realizaron respetando todas las disposiciones legales sobre contratación estatal.

AUDIENCIA ESPECIAL DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El 13 de septiembre de 2023 se realizó la audiencia de pacto de cumplimiento, diligencia en la cual el señor Personero del municipio de Aranzazu explicó que desde el mes de diciembre se presentaba una suspensión del contrato LP002 de 2021, el cual se originó en un convenio interadministrativo celebrado entre las dos entidades demandadas, específicamente en el sector de la calle Los Largos, situación que generaba dificultades de movilidad para los ciudadanos que residían en el lugar.

Que los trabajos se habían suspendido porque faltaba adicionar unos recursos, pero que con posterioridad a la presentación de la demanda ello ocurrió y se reanudaron las obras las cuales a la fecha de realización de la diligencia ya fueron ejecutadas, faltando solamente recoger los escombros, por lo que consideró que las pretensiones habían sido satisfechas, concluyendo que se presentaba un hecho superado.

En vista de lo anterior, se requirió al actor popular para que enviara un documento en el cual plasmara las manifestaciones que realizó en la diligencia, agregando registros fotográficos de cómo quedó la obra, con la finalidad de tener el sustento probatorio de la información que suministró.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Departamento Administrativo para la Prosperidad Social: insistió en que la entidad no es la llamada jurídicamente a responder por las pretensiones planteadas en la demanda, ya que en el convenio interadministrativo se estableció expresamente en su clausulado que era la entidad territorial la responsable de definir el alcance de los proyectos a ser financiados por la Prosperidad Social; aunado a que no hay elementos probatorios de los cuales pueda desprenderse que la entidad está vulnerando algún derecho colectivo.

Aunado a lo anterior, destacó que en la audiencia de pacto de cumplimiento se dejó claro que la situación que originó la demanda ya fue atendida, lo que denotaba que en la actualidad no existía una lesión o amenaza a los derechos colectivos invocados por el actor popular, por lo que se presentaba una carencia actual de objeto por hecho superado.

Parte demandante: no presentó alegatos de conclusión.

Municipio de Aranzazu: no presentó alegatos de conclusión.

CONCEPTO MINISTERIO PÚBLICO

Mediante concepto nro. 55-2023, el señor Procurador Judicial solicitó declarar la carencia de objeto por hecho superado.

En su memorial, en primer momento, analizó la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la naturaleza, procedencia y finalidad de la acción popular; y seguidamente realizó un análisis del material probatorio.

A continuación, mencionó lo informado por las partes en la audiencia de pacto de cumplimiento realizada el 13 de septiembre de 2023 en relación con la culminación de las obras de pavimentación que se reclamaban en la demanda, para seguidamente hacer alusión a la carencia de objeto por hecho superado y los elementos necesario para que se configurara según postura del Consejo de Estado, para resaltar que en este caso se acreditaban mismo, ya que en efecto, al momento de presentación de la demanda, existían circunstancias constitutivas de vulneración a los derechos colectivos invocados; sin embargo, el municipio de Aranzazu informó en el trámite procesal que desplegó actuaciones administrativas y contractuales de su competencia y ejecutó las obras públicas de pavimentación de la calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3).

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 configuran los elementos determinados en la jurisprudencia para declarar que en el presente caso se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado?

Lo probado en el proceso

➤ Convenio nro. 366 del 3 de junio de 2021 celebrado entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y el municipio de Aranzazu, cuyo objeto era aunar esfuerzos técnicos, administrativos y financieros para la ejecución de obras de infraestructura vial, con el propósito de aportar a la inclusión socioeconómica, la superación de la pobreza, la consolidación de territorios y la generación de espacios comunitarios para la reintegración, estabilización y reconciliación social.

En este convenio, dentro de las obligaciones del municipio se estableció que estaba: *“Adelantar los procesos y trámites precontractuales, contractuales y postcontractuales para la celebración, ejecución y liquidación del contrato de obra para la ejecución del proyecto, única y exclusivamente bajo la modalidad de selección que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios y demás normas que las complementen, atendiendo los principios rectores de la contratación pública (...). El proceso de selección que inicie la ENTIDAD TERRITORIAL tendrá por objeto exclusivamente la ejecución del proyecto derivado del presente convenio interadministrativo, en los términos de la ficha de estructuración (...).”*

➤ La Resolución nro. 0095 del 26 de febrero de 2022 adjudicó el proceso de licitación nro. LP-002-2021 al consorcio Aranzazu 2022.

➤ Se celebró el día 2 de marzo de 2022 contrato de licitación pública nro. LP-002-2021 entre el municipio de Aranzazu y el Consorcio Aranzazu 2022 para la construcción de pavimento rígido vías urbanas en el marco del convenio nro. 366-2021 celebrado entre el municipio de Aranzazu y el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – Fondo de Inversión para la Paz; contrato que tenía un valor de \$564.337.034, con un plazo estimado para la ejecución de 3 meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio.

En el contrato quedaron plasmadas como vías a intervenir vía 1: calles 2 y 3 en la carrera 5; vía 2: calles 7 entre carreras 1 y 3; y vía 3: carrera 3 entre calles 4

➤ Reposa el acta de suspensión de obra nro. 1 del contrato nro. LP-002 de 2011; documento en el cual se establece como fecha de inicio del contrato el 5 de julio de 2022; como fecha de terminación inicial el 5 de octubre del mismo año; fecha de terminación

actual el 25 de octubre de 2022; fecha de suspensión el 30 de julio de 2022 y fecha prevista de reinicio el 19 de agosto de 2022.

- Acta de reinicio de obra nro. 1, en la cual se consignó que el contrato se reanudó el 7 de septiembre de 2022, con nueva fecha de terminación el 12 de noviembre de 2022.
- Reposo el acta de suspensión de obra nro. 2 del contrato nro. LP-002 de 2021; documento en el cual se establece como fecha de suspensión el 19 de agosto de 2022 y fecha prevista de reinicio el 7 de septiembre de 2022.
- Se encuentra otro sí en tiempo nro. 1 al contrato licitación pública LP nro. 002 que data del 11 de noviembre de 2022, en la cual se indica que el plazo del contrato será de 3 meses y 18 días, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, con fecha de terminación el 30 de noviembre de 2022.
- Se encuentra otro sí en tiempo nro. 2 al contrato licitación pública LP nro. 002 que data del 30 de noviembre de 2022, en la cual se indica que el plazo del contrato será de 3 meses y 28 días, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, con fecha de terminación el 10 de diciembre de 2022.
- Se encuentra otro sí nro. 3 en tiempo al contrato licitación pública LP nro. 002 que data del 10 de diciembre de 2022, en la cual se indica que el plazo del contrato será de 4 meses y 10 días, contados a partir de la suscripción del acta de inicio, con fecha de terminación el 22 de diciembre de 2022.
- Reposo el acta de suspensión de obra nro. 3 del contrato nro. LP-002 de 2021; documento en el cual se establece como fecha de suspensión el 20 de diciembre de 2022 y fecha prevista de reinicio el 9 de enero de 2023.
- Reposo el acta de suspensión de obra nro. 4 del contrato nro. LP-002 de 2021; documento en el cual se establece como fecha de suspensión el 19 de enero de 2023 y fecha prevista de reinicio el 24 de enero de 2023.
- Reposo el acta de suspensión de obra nro. 5 del contrato nro. LP-002 de 2021; documento en el cual se establece como fecha de suspensión el 24 de enero de 2023 y fecha prevista de reinicio el 13 de enero de 2023.

- Reposa el acta de suspensión de obra nro. 9 del contrato nro. LP-002 de 2021; documento en el cual se establece como fecha de suspensión el 4 de abril de 2023 y fecha prevista de reinicio el 24 de abril de 2023. En este documento se hizo mención al acta de suspensión nro. 6 del 13 de febrero de 2023; el acta de suspensión nro. 7 del 28 de febrero de 2023; y el acta de suspensión nro. 8 del 15 de marzo de 2023.

- Reposa el acta de suspensión de obra nro. 10 del contrato nro. LP-002 de 2021; documento en el cual se establece como fecha de suspensión el 24 de abril de 2023 y fecha prevista de reinicio el 25 de mayo de 2023.

- Mediante oficio del 6 de marzo de 2023, respuesta a solicitud presentada por el personero municipal de Aranzazu, el secretario de Infraestructura del municipio de Aranzazu informó lo siguiente sobre el contrato nro. LP-002 de 2021:

La Secretaría de Infraestructura dando respuesta a su solicitud responde de manera clara y específica sus interrogantes presentes en el oficio PMA-OF-132-2023:

1. Se informe el motivo por el cual el contrato requiere la adición por un monto de TREINTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS MTCE (\$ 38.756.497), para la terminación de las obras.

Respuesta:

De acuerdo a los oficios CA-044-2022 y CA-050-2022 por parte del contratista en los cuales se expone la necesidad de ejecutar actividades no previstas indispensables para el correcto desarrollo del convenio y contrato de obra como lo son:

- NP Caja desarenador incluye aro-tapa hd de 0.60 m. para cámara circular de inspección-anti ruido para tráfico.

La actividad es necesaria, para la retención de arena por arrastre de las aguas recogidas por la vía, como recolector de aguas lluvias, mejora tanto la calidad de las obras como la garantía de las mismas.

- NP Pavimento De Concreto Hidráulico Acelerado A 7 Días

El primer tramo donde se iniciaron actividades fue a carrera 5 entre calles 2 y 3, lugar donde se ubica el Cuerpo de Bomberos Voluntarios del municipio, debido a la importancia de este organismo de socorro se decidió intervenir el tramo en 2 sectores, el primero vaciado con concreto hidráulico, y el segundo vaciado con concreto hidráulico acelerado a 7 días con el fin de garantizar la respuesta oportuna de este organismo de socorro en caso de una emergencia.

El segundo tramo intervenido fue la carrera 3 entre calles 4 y 6, en este tramo las intersecciones de la calle 5 y 6 son las que permiten el acceso de la comunidad al Hospital Municipal, requiriendo que estas fueran vaciadas en concreto acelerado para la libre circulación de personas, pacientes, cuerpo médico, ambulancias y vehículos que contenían insumos para el funcionamiento del Hospital.

- NP Instalación Aro Tapa HD

Se instalará el aro de la Tapa HD, suministradas por el municipio, toda vez que se requiera el realce de las cámaras a razón de que las obras fueran funcionales y poder habilitar el tramo de vía.

- NP Corte Mecanizado Para Pavimento Y Andenes

La ejecución de este ítem es indispensable para la durabilidad, conservación y correcta transferencia de cargas en el pavimento, y generar la correcta modulación de las losas de concreto.

Después de analizar la solicitud del contratista y ser evaluada en compañía de la interventoría estos mediante oficio CI-IPDPS-13635-2022 informan que efectivamente luego de realizarse el balance de obra se evidencia la necesidad de adicionar un monto de treinta y ocho millones setecientos cincuenta y seis mil cuatrocientos noventa y siete pesos (\$ 38.756.497) m/cte

2. Se informe el estado actual de ejecución del contrato LP-002-2021, informando desde que momento, y por cual motivo fue necesario preceder a su suspensión.

Respuesta:

OBJETO DEL CONTRATO: (Indique el objeto del contrato de ejecución suscrito)	CONSTRUCCIÓN DE PAVIMENTO RÍGIDO VÍAS URBANAS EN EL MARCO DEL CONVENIO No. 366-2021 ENTRE EL MUNICIPIO DE ARANZAZU CALDAS Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL - FONDO DE INVERSIÓN PARA LA PAZ
CONTRATISTA	CONSORCIO ARANZAZU 2022
INTERVENTORÍA:	CONSORCIO INTERPROSPERIDAD
LOCALIZACIÓN DEL PROYECTO:	ARANZAZU - CALDAS
PLAZO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO:	TRES (3) MESES, contados a partir del Acta de Iniciación
PRORRGA 1:	18 DIAS
PRORRGA 2:	10 DIAS
PRORRGA 3:	12 DIAS
FECHA DE INICIACIÓN DEL CONTRATO:	martes, 5 de julio de 2022
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 1 DEL CONTRATO:	sábado, 30 de julio de 2022
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 2 DEL CONTRATO:	viernes, 19 de agosto de 2022
FECHA DE REINICIO No.1	miércoles, 7 de septiembre de 2022
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 3 DEL CONTRATO:	martes, 20 de diciembre de 2022
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 4 DEL CONTRATO:	lunes, 9 de enero de 2023
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 5 DEL CONTRATO:	martes, 24 de enero de 2023
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 6 DEL CONTRATO:	lunes, 13 de febrero de 2023
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 7 DEL CONTRATO:	martes, 28 de febrero de 2023
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 8 DEL CONTRATO:	miércoles, 15 de marzo de 2023
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 9 DEL CONTRATO:	martes, 4 de abril de 2023
FECHA DE SUSPENSIÓN No. 10 DEL CONTRATO:	lunes, 24 de abril de 2023
FECHA DE TERMINACIÓN INICIAL DEL CONTRATO:	miércoles, 5 de octubre de 2022
FECHA DE TERMINACIÓN ACTUAL DEL CONTRATO:	domingo, 28 de mayo de 2023
VALOR DEL CONTRATO:	\$ 564.337.034,00

Actualmente el contrato se encuentra bajo el acta de suspensión No.10 el cual plantea como fecha prevista de reinicio del contrato el día jueves 25 de mayo de 2023, la suspensión se encuentra justificada en que actualmente el contrato de obra no cuenta con los recursos adicionales al contrato de obra, razón por la cual se procedió a la suspensión del contrato de obra.

3. Se informe el estado actual de los trámites necesarios para proceder con la reanudación del contrato y en consecuencia con la pavimentación de la Calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3).

Respuesta:

De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta lo establecido en el convenio interadministrativo 366 de 2021 es necesario que el municipio asigne el valor adicional del contrato, en caso de que el municipio solicite la inclusión del saldo que está en el convenio es necesario que solicite una reformulación del proyecto y presentación en mesa técnica, acorde a lo indicado en el convenio Interadministrativo, obligaciones de la Entidad Contratante, numeral 25, que refiere lo siguiente:

"(...) 25. En caso de que se requieran ajustes técnicos al proyecto, tramitar la solicitud ante la Mesa Técnica de la Dirección de Infraestructura Social y Hábitat de PROSPERIDAD SOCIAL- FIP (...)."

Luego de evidenciar la necesidad de la adición y ser avalada por la interventoría mediante oficio CI-IPDPS-13635-2022, el municipio mediante oficio RAD.110.483 (10/12/2022) solicita al Arquitecto Luis Alberto Coqueco, supervisor del convenio estudiar la posibilidad de adicionar los recursos del convenio al contrato de obra el cual informa la no celebración de mesas técnicas en el Departamento para la Prosperidad Social (DPS) desde el mes de noviembre 2022, escenario por el cual debe pasar el proyecto en referencia y ser modificada su estructuración, alcance, especificaciones técnicas y presupuesto, para posteriormente realizar la adición de recursos necesarios y ejecutar las actividades faltantes del proyecto.

Hasta el mes de febrero 2023 la solicitud fue evaluada por la Ingeniera Civil Diana Carolina Bojacá Torres perteneciente al grupo validador del DPS, los cuales emiten un concepto de revisión y verificación de documentos técnicos para la reformulación del convenio, en el cual realizan una serie de observaciones a la documentación presentada.

Atendiendo estas observaciones la entidad territorial remite oficio el 02 de marzo del presente año con RAD 110.074 con documentos requeridos por el grupo validador para que sea reestructurada la información requerida por el DPS para el concepto sobre la necesidad de la adición, solicitando el estado de la respuesta mediante oficio RAD 110.074 del 09 de marzo 2023.

Finalmente, la documentación fue remitida nuevamente al grupo validador emitiendo concepto el día 21 de abril del presente año en el cual informan que es clara la situación del proyecto y entienden la necesidad técnica de las modificaciones por tanto solicitan un nuevo ajuste de la documentación para emitir concepto técnico definitivo.



Alcaldía de Aranzazu | Pacto por la equidad

Secretaría de Infraestructura

Actualmente se está trabajando conjuntamente entre contratista, interventoría y ente territorial en los documentos solicitados para subsanar las observaciones y contar con un concepto definitivo positivo sobre la adición de recursos.

Sin embargo, el municipio de Aranzazu cuenta con los recursos priorizados para finalizar la obra de pavimentación de la calle 7, en caso de que el concepto por parte de la mesa técnica del DPS sea negativo y no se reliece la adición al contrato de obra.

4. Se proceda a la terminación de las obras de pavimentación, informando en detalle los trámites pertinentes, anexando el nuevo cronograma de obras con la fecha de entrega.

Actualmente el acta de suspensión No.10 el cual plantea como fecha prevista de reinicio del contrato el día jueves 25 de mayo de 2023, para esta fecha se espera que sean aprobados por parte del grupo validador del DPS los documentos remitidos por el ente territorial, contratista e interventoría y sea realizada la adición al

➤ En respuesta a requerimiento realizado en la audiencia de pacto de cumplimiento al señor personero del municipio de Aranzazu en torno a su manifestación de que las obras ya habían sido culminadas, allegó el siguiente informe:

Respetado Magistrado,

Dentro del presente radicado que pretende la protección de los derechos e intereses colectivos de los habitantes del sector Calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3) del municipio de Aranzazu, me permito indicar que para el día 23 de agosto de 2023, fecha en la que se llevó a cabo la audiencia de pacto de cumplimiento, las pretensiones de la demanda habían sido satisfechas, ello de acuerdo con las siguientes acciones adelantadas por las entidades accionadas:

1. El municipio de Aranzazu, previa aprobación de reformulación del proyecto del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social – DPS del día 18 de julio de 2023, procedió a realizar una adición al contrato de obra N° LP-002-2021 por un valor de **TREINTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTISÉIS PESOS M/CTE (\$36.887.726)**.
2. Conforme con ello, entre contratista y el ente territorial, se suscribió un OTROSI, para un valor final del contrato por **SEISCIENTOS UN MILLONES DOSCIENTOS CATORCE MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (\$ 601.214.771)**, con su consecuente reanudación de obras de pavimentación de la Calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3) el día 01 de agosto de 2023.

POR TUS DERECHOS

Carrera 6 No. 6-23, Piso 3 Aranzazu, Caldas ☎ (6) 8510390 ext. 115 - 📠 3216442492
 🌐 www.personeria-aranzazu.gov.co ✉ personeria@aranzazu-caldas.gov.co



3. A la fecha las obras han finalizado, incluso con retiro de escombros, estando la vía habilitada para el paso de vehículos y personas sin contratiempos.
4. Colofón de lo expuesto nos encontramos ante un hecho superado dentro de la presente acción constitucional.

Lo anterior para los fines pertinentes que ha requerido el Despacho Judicial ante esta agencia del Ministerio Público.

Por último, me permito anexar evidencias fotográficas del estado actual del sector Calle de los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3) del municipio de Aranzazu, donde se evidencia la culminación de las obras de pavimentación, en visita efectuada por el suscrito el pasado 20 de septiembre de 2023.

Con el acostumbrado respeto, se suscribe;

GUSTAVO ADOLFO GÓMEZ NARANJO
Personero Municipal
Aranzazu, Caldas

Solución al problema jurídico

¿Se configuran los elementos determinados en la jurisprudencia para declarar que en el presente caso se configuró la carencia actual de objeto por hecho superado?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que en este caso se cumplen los parámetros para declarar la carencia de objeto por hecho superado, ya que en el trámite del proceso desaparecieron las situaciones que generaban amenaza de los derechos colectivos, lo que hace innecesario emitir orden alguna para asegurar su protección.

Adentrándose al fondo del asunto, y sobre este medio de control, el artículo 88 de la Constitución Política dispone en su inciso primero:

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

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

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que *“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*; acción que, a voces del artículo citado, *“Podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”*.

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

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

Con la presente acción popular se pretendía la protección de dos derechos colectivos, goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; y 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; al advertirse que las obras de construcción de pavimento contenidas en proceso de licitación pública LP-002-2021 que debían llevarse a cabo en la calle Los Largos (calle 7 entre carreras 1 y 3) en un plazo de 3 meses se encontraban suspendidas desde el mes de diciembre de 2022 sin que se hubieran reanudado por no

haberse adicionado el presupuesto del contrato, lo que generaba muchos inconvenientes de movilidad para la comunidad del sector.

Efectivamente, de acuerdo a lo señalado en demanda contentiva de la acción popular, al momento de presentarse la misma las obras de pavimentación que iniciaron en el mes de julio de 2022, y cuyo plazo de ejecución inicial era de 3 meses, se habían suspendido en diciembre de 2022 teniendo en cuenta la necesidad de adicionar el contrato en \$38.756.497; informándose por parte del municipio que la fecha de reanudación de las mismas se proyectaba para mayo de 2023.

Con la demanda se aportó el siguiente registro fotográfico:

14. A fin de contextualizar al respetado juez constitucional, el estado de las obras se evidencia en las siguientes imágenes:



7



Al momento de realizar la audiencia de pacto de cumplimiento se informó por el demandante que con posterioridad a la presentación de la demanda se adicionó el contrato y se reanudaron los trabajos de pavimentación que faltaban, los cuales a la fecha ya habían sido ejecutados, faltando únicamente recoger los escombros, por lo que consideró que las pretensiones habían sido satisfechas, concluyendo que se presentaba un hecho superado.

En vista de lo anterior, se requirió al actor popular para que enviara un documento en el cual plasmara la información que brindó en la diligencia, agregando registro fotográfico de cómo quedó la obra, con la finalidad de tener el sustento probatorio de la información que se suministró dentro de la audiencia.

Se allegaron las siguientes imágenes:



Frente a la declaratoria de carencia de objeto por hecho superado, es acertado referenciar providencia del Consejo de Estado - Sección Primera - del 14 de septiembre de 2020, emitida dentro del proceso con radicado 68001-23-33-000-2017-00665-01(AP), en la que se precisó:

(vi) Frente a la configuración del fenómeno de carencia actual de objeto por hecho superado, esta Sección ha explicado¹:

“(...) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 472 de 1998, 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”, de lo cual se deduce, que la orden de proteger los derechos colectivos supone la existencia de las circunstancias que los amenazan o vulneran; pues si éstas han desaparecido, desaparece también la causa que da lugar a dicha protección. No es posible hacer cesar la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, si éstas han dejado de existir; tampoco lo es restituir las cosas al estado

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 25 de agosto de 2016, C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés, Radicación nro. 08001-23-33-000-2013-00118-01(AP).

anterior, en tanto que, la ausencia de dichas circunstancias, supone, precisamente, que las cosas volvieron a su estado anterior sin necesidad de la orden judicial.

Así como la prosperidad de las pretensiones en una acción popular depende de lo acreditado por la parte demandante en el proceso, la orden de proteger los derechos colectivos sólo puede proferirse cuando, al momento de dictar sentencia, subsisten las circunstancias, que a juicio de los actores, vulneran o amenazan tales derechos, pues de lo contrario el fundamento fáctico y jurídico de dicha orden judicial habría desaparecido, y su objeto -que es, precisamente, la protección de los derechos colectivos- ya se habría logrado, generándose, de esta manera, una sustracción de materia .

Siendo ello así, si en el curso del proceso desaparecen las circunstancias que amenazan o vulneran el derecho colectivo, no es posible ordenar su protección en la sentencia, pues tal decisión sería inocua y alejada de la realidad”².

De otro lado, la Sección Primera respecto del mismo asunto, ha señalado lo siguiente:

“(…) la carencia de objeto por haberse superado el hecho vulnerador que originó la acción, se da cuando se comprueba que entre la presentación de ésta y el momento de dictar el fallo cesó la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se había solicitado y, en tal circunstancia, ya no será necesaria la orden de protección, pero en todo caso, debe el juez declarar que la mencionada amenaza o vulneración existió pero desapareció”³.

En consecuencia, en el evento en que cese la vulneración del derecho colectivo como consecuencia del ejercicio de la acción popular, no resulta procedente denegar de plano las pretensiones, sino que, por el contrario, el juez de conocimiento deberá declarar la vulneración de los derechos colectivos y precisar que se puso fin a la transgresión del derecho colectivo cuyo amparo se perseguía”. (Negritas en la providencia)

De conformidad con esta providencia, se configura una carencia de objeto por hecho superado cuando se prueba que esa vulneración o amenaza de derechos colectivos existía al momento de presentarse la demanda pero desapareció en el trámite del proceso, antes de dictar sentencia, lo que lleva a que no sea necesario emitir una orden de protección; incluso esa vulneración de derechos es un aspecto que debe ser analizado por el juez antes de declarar la configuración del hecho superado, pues en caso de no ser así, no es posible declarar una carencia de objeto.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de febrero de 2004, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación nro. 19001-23-31-000-2002-1700-01(AP).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 29 de agosto de 2013, C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno, Radicación nro. 25000-23-24-000-2010-00616-01(AP).

De esta forma, se expuso en la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 4 de septiembre de 2018, proceso con radicado 05001-33-31-004-2007-00191-01(AP)SU:

Es por lo anterior, que la Sala unifica la jurisprudencia en relación con la configuración de la carencia actual de objeto por hecho superado, dentro de una acción popular, en los siguientes dos sentidos:

i) Aun en aquellos casos en que el demandado o, incluso, la autoridad judicial de conocimiento consideren que se ha superado la situación que dio lugar a la interposición de la acción, es necesario verificar el cese de la amenaza o la vulneración de los derechos colectivos comprometidos, sin que baste con la simple alegación de haberse adelantado alguna actuación enderezada a la superación de la situación; en aquellos casos en que la amenaza a los derechos colectivos subsista no es procedente declarar el hecho superado, aun cuando se verifique que se ha adelantado alguna actuación a fin de cesar la amenaza o vulneración de los mismos.

ii) El hecho de que, durante el curso de la acción popular, el juez compruebe la desaparición de la situación que originó la afectación de derechos colectivos, no es óbice para que proceda un análisis de fondo, a fin de establecer el alcance de dichos derechos.

Al revisar entonces lo acaecido en este proceso, se advierte que al momento de presentar la demanda existía una vulneración al derecho colectivo al goce del espacio público y a la utilización y defensa de los bienes de uso público, entendiendo por este, según lo explicado por el Consejo de Estado⁴, lo siguiente:

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

En relación con este derecho la Corporación ha explicado⁵:

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

Sobre la base de la anterior definición, en el inciso segundo de la misma norma se señaló que: "constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal

⁴ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Primera; Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López; Bogotá, DC, catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020); Radicación: 73 001 23 33 000 2015 00627 01

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

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

Significa entonces que los habitantes de la calle Los Largos, y demás transeúntes del lugar, vieron afectada su movilidad, sin que se haya acreditado que tenían otra vía que permitiera su circulación; situación que, pese a que al inicio de las obras se suponía era por un periodo de 3 meses, se extendió casi por un año.

Pero se considera que no se presentó una vulneración al derecho colectivo a 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 según lo narrado en la demanda, al hacer alusión a problemas de movilidad, ya que este derecho se relaciona de una manera directa con la obligación de las autoridades públicas y los particulares de acatar los preceptos jurídicos que regulan la materia urbanística, es decir, lo relacionado con la forma como progresa y se desarrolla determina población, en términos de progreso físico o material, asentada en una determinada entidad territorial, acorde con el principio de función social y ecológica de la propiedad de conformidad con el artículo 58 de la Constitución Política.

Así lo explicó la Sección Primera del Consejo de Estado en providencia del 10 de diciembre de 2018, expediente con radicación nro. 170012331000201100424-03.

"[...] De acuerdo con lo señalado por la jurisprudencia de esta Corporación este derecho implica "[...] la necesidad de proteger la adecuada utilización, transformación y ocupación del suelo, de manera que las autoridades competentes no actúen en forma arbitraria en contravención del respectivo plan de ordenamiento territorial o instrumento que haga sus veces, a través de acciones que estén fuera de su marco normativo [...]"

115. De igual forma, esta sección mediante sentencia de 7 de abril de 2011, determinó que el núcleo esencial del derecho colectivo comprendía los siguientes aspectos: i) respeto y acatamiento del principio de función social y ecológica de la propiedad; ii) protección del espacio público procurando adelantar cualquier tipo de construcción o edificación con respeto por el espacio público, el patrimonio público, y la calidad de vida de los demás habitantes; iii) respetar los derechos ajenos y no abusar del derecho propio; y iv) Atender los procesos de cambio en el uso del suelo, en aras del interés común, procurando su utilización racional en armonía con la función social de la propiedad a la cual le es inherente una función ecológica, buscando el desarrollo sostenible.

(...)

Así las cosas, para la Sala es claro que el derecho señalado en el literal m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, corresponde a la obligación que le impone el legislador a las autoridades públicas y particulares, en general, de acatar plenamente los preceptos jurídicos que rigen la materia urbanística es decir la forma como progresa y se desarrolla una determinada población, en términos de progreso físico y material, asentada en una determinada entidad territorial -bien sea en sus zonas urbanas o rurales- con miras a satisfacer plenamente las necesidades de la población.

(...)

*En ese orden de ideas, la vulneración al derecho colectivo de la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de calidad de vida de los habitantes implica que las autoridades públicas y/o los particulares **desconozcan la normativa en materia urbanística y usos del suelo. [...].**" (negritas en la providencia)*

De acuerdo a lo reseñado, aunque se presentó una vulneración al derecho colectivo al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, en el transcurso del proceso cesó su amenaza, teniendo en cuenta que el contrato celebrado entre el municipio de Aranzazu y el Consorcio Aranzazu 2022 fue adicionado en dinero, lo que generó que el contrato se reanudara y las obras que estaban inconclusas en la calle Los Largos se terminaran, tal como se probó en el proceso, lo que permite concluir que en este caso es factible declarar la carencia de objeto por hecho superado.

Costas

De conformidad con lo previsto en los artículos 38⁶ de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión

⁶ "ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".

nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁷, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, en esta instancia no se condenará a este rubro, toda vez que la sentencia declarará la carencia de objeto por hecho superado.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

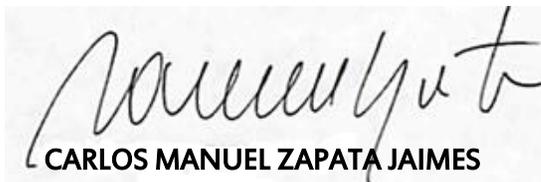
PRIMERO: DECLARAR que se presenta **LA CARENCIA DE OBJETO POR HECHO SUPERADO** en el medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** instaurado por el personero del municipio de Aranzazu contra el **MUNICIPIO DE ARANZAZU Y DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL – DPS**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVENSE** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el sistema SIGLO XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 16 de noviembre de 2023, conforme acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado

Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-33-001-2022-00385-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LILIA ESTELLA PALACIO MUÑOZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión del 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 15 de junio de 2023.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora:

1. Se Declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 06 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales el día 06 de agosto de 2021, mediante la cual niega 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. Se declare que la actora tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, de manera solidaria, le reconozca y pague 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.

CONDENAS

1. Se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, 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. Se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

3. Se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

4. Se condene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses

moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, art 192 del el Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de la sentencia, 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. Se condene en costas a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1 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 06 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que, las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que, la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han 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 de la 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 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*" expedido por el Consejo Directivo del FNPSM. Precisando 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 en cita 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 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*" expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, pretendiéndose por el apoderado judicial de la demandante 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 abrir cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo, 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 la parte demandante, pues el FNPSM se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. 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.
3. 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.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** resaltó que, mediante oficio nro. 20210173164781 de 11-10-2021, Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.

Lo anterior, da cuenta de la inexistencia del acto administrativo ficto o presunto demandado en el presente proceso, si se tiene en cuenta que por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el silencio administrativo se configura cuando *“Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa”*.

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

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

MUNICIPIO DE MANIZALES: 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, 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, 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.

Refiere que el régimen especial de los docentes estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses a las cesantías en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a Fiduprevisora a más tardar el 05 de febrero de cada año; y en el mes de mayo, a los docentes cuya información haya sido allegada entre el 06 de febrero y el 15 de marzo de cada año. Cuando se trate de reportes efectuados por las entidades territoriales posteriores a dichas fechas, Fiduprevisora programará pagos posteriores.”.

Concluye que resulta improcedente aplicar al municipio de Manizales la sanción moratoria reclamada por el (la) demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de una docente estatal afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica es la de patrimonio autónomo de la Nación y no la de Administradora de Fondos de Cesantías, las disposiciones que rigen su relación son las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las cesantías e intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentra en cabeza de Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del mencionado Fondo.

Propone las excepciones de fondo que denominó, "*Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto al municipio de Manizales*", "*Inexistencia del derecho respecto al municipio de Manizales*" y "*Excepción Genérica*".

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 15 de junio de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar, si tenía derecho la demandante, cuyo régimen de cesantías es anualizado, al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en la Ley 50 de 1990, y a la indemnización de que trata la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Realizó un análisis del régimen de cesantías, del cual concluyó que, las 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.

Sobre el marco jurídico de las cesantías anualizadas, concluyó 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.

Resaltó 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.

Al contrario, encontró el despacho 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.

En cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, manifestó que, no es plausible sostener el surgimiento de 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.

Sumado a ello, señala, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 39 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.

Así las cosas, se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*", propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el MUNICIPIO DE MANIZALES y la de "*PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE*" propuesta por esta última entidad, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES*" e "*INEXISTENCIA DEL DERECHO RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES*" propuestas por el MUNICIPIO DE MANIZALES y las de "*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*", propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **LILIA ESTELLA PALACIO MUÑOZ** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada **CATALINA CELEMÍN CARDOSO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "*13AlegatosFomag.pdf*" del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada **YAHANY ANDREA GENES SERPA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "13AlegatosFomag.pdf" del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Comenzó por referenciar 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.

Además de recalcar que, en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que, el juzgado 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; sumado a ello indicó 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, señaló 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 misma 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.

Aclaró que, hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, por lo que 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 están basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional respecto 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, 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. Refiriéndose al caso concreto, señaló que quedó demostrado que a la parte

actora 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 con 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”.*

Finalmente concluyó que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar se debe acceder a las pretensiones incoadas, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, sumado a que 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 visible en PDF nro. 04 las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

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

- Se reconocieron a favor de la parte actora las cesantías por el año 2020, que correspondieron a la suma de \$2.886.784.00. De igual forma se le reconocieron por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$383.226,00, las cuales le fueron consignados el 27/03/2021
- El 06 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, 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*”.

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el

programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida, establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la

suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)" (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique 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, como quiera 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

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.

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.

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

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

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

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

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis 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.

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 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.”*

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%.

En reciente jurisprudencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023 el Consejo de Estado¹¹ 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.

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:

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.

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.

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.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

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

Costas

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

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

FALLA

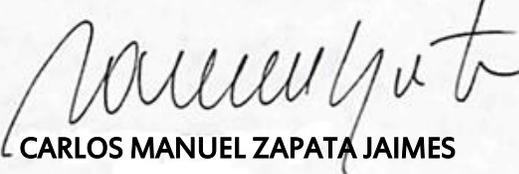
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LILIA ESTELLA PALACIO MUÑOZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES**.

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 16 de noviembre conforme acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado

Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de
noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17001-33-33-001-2022-00386-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ANA GLADYS MEJÍA RESTREPO
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión del 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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 15 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 06 de noviembre de 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales el día 06 de agosto de 2021, mediante la cual niega 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 la actora tiene derecho a que la Nación - Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaria de Educación, de manera

solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

CONDENAS

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, 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 del municipio de Manizales - Secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una 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 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en

esta sentencia, art. 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de la sentencia 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 del municipio de Manizales - Secretaría de Educación, de conformidad con lo estipulado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1 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 06 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que, las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que, la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han 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 de la 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 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*" 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 en cita 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 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*" expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, pretendiéndose por el apoderado judicial de la demandante 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 abrir cuentas individuales para cada uno de sus afiliados. Lo anterior se explica a partir de la naturaleza y estructura de este fondo, 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 la parte demandante, pues el FNPSM se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.

2. 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.

3. 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.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** resaltó que, mediante oficio nro. 20210173164781 de 11-10-2021, Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.

Lo anterior, da cuenta de la inexistencia del acto administrativo ficto o presunto demandado en el presente proceso, si se tiene en cuenta que por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el silencio administrativo se configura cuando *"Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa"*.

- **Inexistencia de la obligación:** adujo que, lo que se solicitó en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del líbelo, se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el Fondo, siendo que, la misma legislación previó un sistema

distinto para este esquema en donde es inadmisibile la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que, el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura de la entidad, y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente.

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

MUNICIPIO DE MANIZALES: 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, 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, 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.

Refiere que el régimen especial de los docentes estatales afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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 Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 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. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses a las cesantías en el mes de marzo, a los docentes cuya información haya sido remitida a Fiduprevisora a más tardar el 05 de febrero de cada año; y en el mes de mayo, a los docentes cuya información haya sido allegada entre el 06 de febrero y el 15 de marzo de cada año. Cuando se trate de reportes efectuados por las entidades territoriales posteriores a dichas fechas, Fiduprevisora programará pagos posteriores.”.

Concluye que resulta improcedente aplicar al municipio de Manizales la sanción moratoria reclamada por el (la) demandante contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de una docente estatal afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya naturaleza jurídica es la de patrimonio autónomo de la Nación y no la de Administradora de Fondos de Cesantías, las disposiciones que rigen su relación son las disposiciones contenidas en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998, trámite dentro del cual ninguna entidad territorial tiene la carga legal de consignar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio las cesantías e intereses a las cesantías de los educadores adscritos a su planta de personal, toda vez que su reconocimiento y pago se encuentra en cabeza de Fiduprevisora como vocera y administradora de los recursos del mencionado Fondo.

Propone las excepciones de fondo que denominó, "*Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto al municipio de Manizales*", "*Inexistencia del derecho respecto al municipio de Manizales*" y "*Excepción Genérica*".

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 15 de junio de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar, si tenía derecho la demandante, cuyo régimen de cesantías es anualizado, al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en la Ley 50 de 1990, y a la indemnización de que trata la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Realizó un análisis del régimen de cesantías, del cual concluyó que, las 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.

Sobre el marco jurídico de las cesantías anualizadas, concluyó 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.

Resaltó 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.

Al contrario, encontró el despacho 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.

En cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, manifestó que, no es plausible sostener el surgimiento de 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.

Sumado a ello, señala, el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 39 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.

Así las cosas, se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "*FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*", propuesta tanto por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el MUNICIPIO DE MANIZALES y la de "*PROCEDENCIA DE LA CONDENACIÓN EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE*" propuesta por esta última entidad, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES*" e "*INEXISTENCIA DEL DERECHO RESPECTO AL MUNICIPIO DE MANIZALES*" propuestas por el MUNICIPIO DE MANIZALES y las de "*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*", propuestas por LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora **ANA GLADYS MEJÍA RESTREPO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

CUARTO: NO CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente considerado.

QUINTO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada CATALINA CELEMÍN CARDOSO, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.453.991 y tarjeta profesional No. 201.409 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme al poder general otorgado mediante la escritura pública No. 0129 del 19 de enero de 2023, visible en el archivo "*13AlegatosFomag.pdf*" del expediente.

En igual sentido, se le reconoce personería a la abogada YAHANY ANDREA GENES SERPA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.063.156.674 y tarjeta profesional No. 256.137 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL- FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO conforme el poder que le fuera sustituido, visible en el archivo "*13AlegatosFomag.pdf*" del expediente.

SEXTO: Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Comenzó por referenciar 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.

Además de recalcar que, en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que, el juzgado 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; sumado a ello indicó 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, señaló 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 misma 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.

Aclaró que, hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, por lo que 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 están basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional respecto 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, 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. Refiriéndose al caso concreto, señaló que quedó demostrado que a la parte actora 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 con 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”*.

Finalmente concluyó que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar se debe acceder a las pretensiones incoadas, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, sumado a que 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 visible en PDF nro. 04 las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

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

- Se reconocieron a favor de la parte actora las cesantías por el año 2020, que correspondieron a la suma de \$5.101.415,00. De igual forma se le reconocieron por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$967.837,00, las cuales le fueron consignados el 27/03/2021
- El 06 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, 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*”.

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que, el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se descontarán directamente de los recursos de la participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8º del presente decreto.

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el

programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

(...)

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

Finalmente, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo nro. 39 de 1998 *"Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio"*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto denota que, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida, establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2ª. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la

suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...)" (Resaltado fuera del texto original).

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique 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, como quiera 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

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.

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.

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

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

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

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

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis que, la parte actora tiene derecho al reconocimiento

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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.

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 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."

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%.

En reciente jurisprudencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023 el Consejo de Estado¹¹ 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.

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

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.

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.

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.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

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

Costas

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

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

FALLA

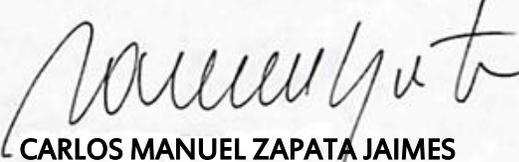
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 15 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ANA GLADYS MEJÍA RESTREPO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL MUNICIPIO DE MANIZALES**.

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

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

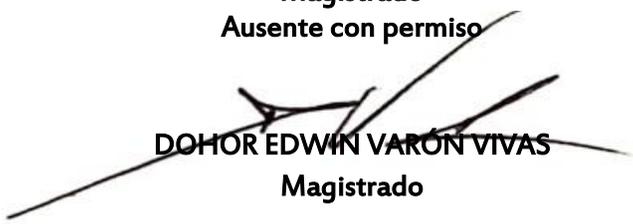
NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 16 de noviembre de 2023 conforme acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-33-002-2022-00030-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ANGELA MORALES RÍOS
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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 23 de junio de 2023.

PRETENSIONES

La parte actora solicita:

"1. Declarar la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-184 DEL 08 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 - FOMAG y la entidad territorial de SECRETARIA DE EDUCACIÓN 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- 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 a 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 a la entidad territorial 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.143.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL -FOMAG y a la entidad territorial 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 a la entidad territorial de SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTO DE CALDAS de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el Artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010”.

HECHOS

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

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

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de

apertura de cuentas individuales, y que los valores que, corresponden a las cesantías no se consignan sino que, ya están presupuestados y trasladados al fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

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

También mencionó que, en materia de intereses, las normas docentes son más favorables que las generales, pues en el caso de éstos los intereses se liquidan al DTF, y se toma el saldo total acumulado de cesantías.

Planteó como excepciones de fondo:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** resaltó que, mediante oficio nro. 20210173164781 de 11-10-2021, Fiduprevisora S.A. dio respuesta a la solicitud de indemnización moratoria por la no consignación en término de las cesantías correspondientes al año 2020 e indemnización con consignación inoportuna de los intereses a las cesantías por el mismo periodo.

Lo anterior, da cuenta de la inexistencia del acto administrativo ficto o presunto demandado en el presente proceso, si se tiene en cuenta que por voluntad expresa del artículo 83 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el silencio administrativo se configura cuando *“Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que es negativa”*.

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

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

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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 23 de junio de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar, si tenía derecho la demandante, cuyo régimen de cesantías es anualizado, al reconocimiento y pago de la sanción por mora establecido en la Ley 50 de 1990, y a la indemnización de que trata la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Esgrimió que los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1990, tiene derecho a que, anualmente se le liquiden las cesantías y que se le reconozca y pague 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.

El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es quien paga las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes, sin consignación, pues la relación en este caso es dual; esto es, actúa como responsable de las prestaciones económicas de la docente, sin intermediario alguno. El ente territorial emite el acto por delegación permitida en el artículo 9 de la Ley 91 de 1989.

El procedimiento de reconocimiento de cesantías e intereses está regulado en la Ley 91 de 1989 y en el Acuerdo 39 de 1998, que actualmente produce plenos efectos jurídicos, con excepción del inciso 1 del artículo 5 que fue declarado nulo, pero, cuyo contenido no afecta lo aquí debatido.

En ninguna de las disposiciones aplicables al régimen de cesantías docentes, se consagró o puede entreverse la existencia de una obligación de consignación en una cuenta individual. Al contrario, conforme se expuso en el marco jurídico de esta providencia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se administra con base en el principio de unidad de caja y existen 3 subcuentas independientes. Una de ellas destinada a cesantías, sin cuentas individuales de los docentes. El mismo tiene pluralidad de fuentes de recursos y no se administra de manera individualizada.

Los presupuestos de aplicación de la sanción por no consignación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 son específicos y suponen tanto la afiliación a un fondo privado de cesantías como la obligación de consignación, supuestos fácticos que son incompatibles con el régimen de cesantías de los docentes. Una interpretación diferente significaría no sólo la aplicación extensiva de una norma no aplicable, sino, la modificación de los supuestos de aplicación de la sanción, como lo sería: (i) entender que para estos efectos, el Fondo adquiere una connotación privada en la que administra cesantías bajo cuentas individuales y es elegido voluntariamente, cuando el FNPSM tiene naturaleza pública, sus recursos se manejan en subcuentas no individuales por docentes y la afiliación es obligatoria, y (ii) que la obligación de consignación en la cuenta de ahorro individual debe interpretarse de tal manera que, cubija la obligación de apropiarse y disponer los recursos para el pago, lo que

iría en contra de las reglas de interpretación de las sanciones, que de manera reiterada ha considerado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, son de interpretación restrictiva, so pena de violar principios como el de tipicidad y el debido proceso.

No es cierto que los docentes no tengan una sanción que garantice el pago oportuno de sus cesantías, dado que, resultan aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 1071 de 2006, tanto para la cesantía parcial como para la definitiva. De manera que, cuando el Fondo incurre en mora en el pago de las cesantías solicitadas, se causa la sanción moratoria, que tiene presupuestos diferentes a la sanción por no consignación, y es la que resulta aplicable en el caso de los docentes para garantizar el pago oportuno de la misma. La sanción moratoria de la Ley 1071 de 2006 no tiene otro supuesto de aplicación diferente a la de (i) empleado público y (ii) reconocimiento y pago tardío, por lo que no hay una consideración fáctica o jurídica que impida que se le aplique esta penalidad ante la falta de causación oportuna.

No es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C- 928 de 2006 concluyó con claridad que *"El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna"*, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

No es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de *“inexistencia de la obligación”* propuesta por las entidades demandadas.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora ÁNGELA MORALES RÍOS en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado.

CUARTO: Expídanse a costa de la parte interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 114 del Código General del Proceso.

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada **ISOLINA GENTIL MANTILLA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.091.660.314 y T.P. 239.773 del CSJ, para actuar como apoderada sustituta de la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, en los términos del escrito de sustitución allegado con los alegatos de conclusión.

SEXTO: NOTIFICAR esta providencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del CPACA.

SÉPTIMO: ARCHIVAR el expediente una vez en firme la presente decisión.

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 nro.31 del expediente digital de primera instancia.

Comenzó por referenciar 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.

Además de recalcar que, en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que, el juzgado 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; sumado a ello indicó 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, señaló 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 misma 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.

Aclaró que, hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, por lo que 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 están basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional respecto 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, 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. Refiriéndose al caso concreto, señaló que quedó demostrado que a la parte actora 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 con 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”.

Finalmente concluyó que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar se debe acceder a las pretensiones incoadas, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, sumado a que 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 visible en PDF nro. 04 las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

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

➤ Se reconocieron a favor de la parte actora las cesantías por el año 2020, que correspondieron a la suma de \$4,445,102, oo; De igual forma se le reconocieron por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$ 439,225, oo., las cuales le fueron consignados el 29/04/2021.

- El 01 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-184 del 08 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

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

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

Marco normativo

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

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

(...)

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 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

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

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 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

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”.

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 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, como quiera 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.

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

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)

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.» (Negrillas fuera de texto).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis que, la 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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 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."*

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%.

En reciente jurisprudencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023 el Consejo de Estado¹¹ 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.

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

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.

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.

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.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses 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.

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

Costas

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

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ÁNGELA MORALES RÍOS** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

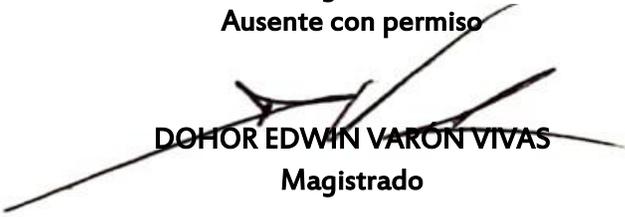
TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 16 de noviembre de 2023 conforme acta nro. 072 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de
noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

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

PROCESO No.	17001-33-33-002-2023-00030-02
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS
ACCIONADOS	MUNICIPIO DE SALAMINA - CALDAS

Procede la Sala primera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre la impugnación presentada por la parte actora, contra el fallo proferido el día 24 de julio de 2023 por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales en el cual se negaron las pretensiones de la parte actora.

la sentencia fue proferida el 24 de julio de 2023, el recurso se interpuso el 28 de julio de 2023, siendo concedido mediante auto del 07 de septiembre de 2023. El proceso fue repartido a este Despacho el 06 de octubre de 2023, siendo admitido el 10 de octubre de 2023, pasando a Despacho para sentencia el 19 de octubre de 2023.

PRETENSIONES

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

“Que el despacho ordene al municipio de Salamina, proceder a ejecutar unas obras para mejoramiento y mantenimiento del coliseo de ferias del corregimiento de San Félix –Salamina.

Mejorar las graderías, mejoramiento y construcción de techos para que en el escenario de exposición se pueda ubicar la gente local y visitantes sin tener problemas por lluvias u otros fenómenos naturales.

Tener en buena condición los elementos y escenarios donde hay pista para presentación de animales, sonidos que se requieran, mejorar la pista y el sector del juzgamiento que se hace en las ferias lo que se denomina pista sonora.

Precisar en los comodatos un mantenimiento justo y oportuno quien lo tenga como beneficiario, de lo contrario adjudicar a organizaciones sociales o particulares que realmente emprendan un sostenimiento del escenario”

HECHOS

Se resumen en los siguientes:

Se dice en los hechos del escrito de acción popular que, el coliseo de ferias del corregimiento de San Félix en Salamina se encuentra en estado de abandono y sin mantenimiento.

Invoca la protección a los derechos colectivos a la prevención de desastres previsibles técnicamente, obras públicas eficientes –sic-, ambiente sano, defensa del bien público y moralidad administrativa.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Municipio de Salamina – Caldas: frente al hecho del escrito de acción popular, dijo no ser cierto según concepto de profesional arquitecto quien inspeccionó el inmueble, concluyendo que la infraestructura del coliseo se encuentra en buen estado. Se opuso a las pretensiones y formuló las siguientes excepciones:

Falta de legitimación por pasiva: al no demostrarse nexo causal entre las competencias del municipio y la vulneración alegada, no se ostenta la capacidad para ser parte en el proceso.

Ausencia de responsabilidad: el hecho del daño por el cual se reclama no es imputable al municipio de Salamina, pues no ha tenido injerencia en la producción del evento.

Inexistencia de vulneración de los derechos colectivos por parte del municipio de Salamina: el municipio no ha incurrido en acción u omisión que vulnere los derechos colectivos de la población de San Félix.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

De conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 472 de 1998, la audiencia de pacto de cumplimiento se llevó a cabo el 24 de abril de 2023, la cual fue declarada fallida.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

A través de sentencia del 24 de julio de 2023, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales declaró que no existe la vulneración de los derechos colectivos alegada por el actor por parte del municipio de Salamina, toda vez que, se pudo verificar a lo largo del proceso que el inmueble objeto de la presente acción no se encontraba en estado de deterioro.

Es así como en la parte resolutive se falló:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de *falta de legitimación por pasiva* y probada la excepción de *inexistencia de violación de los derechos colectivos* alegadas por el Municipio de Salamina.

SEGUNDO: DECLARAR que el Municipio de Salamina no incurrió en vulneración a los derechos colectivos, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

DECLARAR probada la excepción de *inexistencia de violación de los derechos colectivos* alegada por el Municipio de Salamina.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones respectivas en el sistema JUSTICIA SIGLO XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

Señala el actor que, en una visita que realizó él al sitio objeto de la controversia pudo constatar las falencias que presenta el coliseo donde se realizan eventos en el corregimiento de San Félix del municipio de Salamina – Caldas, de lo que deviene la clara vulneración de los derechos colectivos de la comunidad, y además se demuestra con las fotografías allegadas.

De igual forma indicó que no existe un contrato específico que garantice la manera en cómo se debe intervenir dicho escenario, ni existe un presupuesto destinado para ello.

Es por ello que se debe proferir una sentencia que proteja los derechos colectivos ordenando una intervención directa con asignación de un presupuesto en concreto y se conforme un comité que garantice el cumplimiento de la sentencia.

CONSIDERACIONES

Persigue la parte accionante que, mediante la acción contemplada en el artículo 88 constitucional, se garantice se protejan los derechos colectivos al ambiente sano,

prevención de desastres previsibles técnicamente y defensa de un bien público, que dice, fueron vulnerados por el municipio de Salamina al no haber realizado obras de mantenimiento del coliseo de ferias del corregimiento de San Félix en Salamina.

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

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

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

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”, acción que, a voces del artículo citado, “podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”. (Subraya la Sala)

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

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de

derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

Problema Jurídico.

¿Se demostró la vulneración a los derechos colectivos señalados por el actor, en el coliseo de ferias de San Felix, corregimiento de Salamina?

Análisis Probatorio.

En el cartulario fue allegado el siguiente material probatorio:

➤ Se allegó el acta de la inspección realizada al coliseo de ferias del corregimiento de San Félix en Salamina en el cual se consignó:

El día miércoles 9 de noviembre del año 2022 se realiza inspección ocular al inmueble en cuestión a solicitud del ciudadano Enrique Arbeláez Mutis, debido al presunto mal estado en el que se encuentra la edificación. Al llegar a la propiedad se accede por la puerta principal sobre la carrera 4 sin ningún tipo de registro.

Una vez se ingresa al predio se verifica el cerco exterior del inmueble, este está construido en concreto y rocas conformando un muro de 0.80 metros de altura, este muro presenta hongos y crecimiento vegetal en la base de la estructura; la portada es en madera con cubierta de teja metálica y caseta con cerramiento en tabla, cuenta con ventana hacia la vía que no tiene ala y para su cerramiento se emplea lamina de zinc, al interior se encuentran varias estructuras de un nivel de altura, una cabaña con estructura en madera, cerramiento en madera y cubierta metálica; un kiosco con estructura en madera rolliza, cubierta metálica y basamento en concreto con piedra, todos los corrales están cubiertos sea con madera rolliza o guadua, sus tejas son en láminas de zinc y algunos tienen basamento y otros cerco metálico con secciones tubulares, existe un corral para gallos en basamento en concreto sin cubierta y un espacio igualmente al aire con gradería a un costado y piso con concreto con piedra, el acabado de piso de las circulaciones es en concreto y piedra y los establos cuentan con piso en tierra concreto y pasto, aproximadamente la mitad de estos corrales se encuentra en mal estado, con empozamiento de agua y residuos animales, sin drenaje y crecimiento vegetal. Las áreas verdes del complejo requieren poda. En la parte posterior se encuentran otras graderías dispuestas hacia un área verde que presenta empozamiento de agua en el 40 % de su superficie aproximadamente.







Como observaciones de la visita técnica se consignó:

1. Si bien las condiciones de la infraestructura del coliseo de ferias se encuentran en buen estado, se requiere mayor atención y mantenimiento periódico de dichas estructuras para garantizar su uso y conservación.
2. Las cubiertas de las edificaciones se encuentran en buen estado, dichas cubiertas no cuentan con canalización.
3. Las zonas verdes del coliseo de ferias requieren mantenimiento.
4. No se cuenta con un sistema de canalización de agua a nivel de piso que permite la captación de aguas superficiales y correcta evacuación.
5. El coliseo de ferias presenta empozamientos de aguas en distintos espacios tales como corrales, circulaciones a nivel de vía y zonas verdes de exhibición

Finalmente se dieron las siguientes recomendaciones:

1. Se debe realizar mantenimiento de zonas verdes de la fachada sobre carrera 4, interior del coliseo de ferias y parte baja de exhibición. Retirar capa vegetal de los corrales.
2. Instalar canales y bajantes de las cubiertas de las distintas estructuras, conectar dichas bajantes con un sistema de drenaje y evacuación de aguas superficiales.
3. Instalar sistema de evacuación de aguas superficiales del coliseo de ferias.

4. Aplicación de pintura a los elementos en concreto y piedra con una mezcla tipo cal y capa de pintura epóxica a elementos metálicos expuestos a la intemperie como cercos y barreras de corrales.

5. Drenaje de empozamientos en las circulaciones interiores de los patios, así como de los corrales, e igualmente del área verde de exhibición en la parte baja del predio.

➤ **Testimonial: Juan Carlos Arias Gómez**, arquitecto, secretario de Planeación del Municipio de Salamina. De su declaración se destaca:

"...El coliseo de ferias de San Félix es de propiedad del municipio de Salamina, es una estructura de 30 a 50 años de antigüedad en el cual se desarrollan actividades anualmente, como el festival equino, exposición anual de ganado, sólo esas. Presenta deterioros por la vetustez de los materiales por el paso de los años y el clima, pero sirve aún para la actividad equina para lo cual se hace mantenimiento anual para poder hacer la actividad. El inmueble no presenta riesgo para la comunidad en cuanto a su infraestructura..."

Refirió al estudio técnico del mes de noviembre de 2022 del inmueble realizada por el sr Diego Pineda arquitecto adscrito al municipio, en el cual se describe el coliseo como una construcción en concreto y rocas, portada en madera con teja metálica y caseta con cerramiento en tabla, una cabaña en madera y cubierta metálica con base de concreto y piedra; corrales con tejas de zinc, corral para gallos sin cubierta; establos con piso en tierra, concreto y pasto; la mitad de los corrales en mal estado con empozamiento de agua y residuos animales; las áreas verdes requieren poda; graderías en zona verde con empozamiento de agua en un área.

En las observaciones se anota que la infraestructura del coliseo está en buen estado, pero debe tener mantenimiento periódico para su uso y conservación, al igual que la zona verde; las cubiertas están en buen estado y no tienen canalización; no hay sistema de captación de aguas y presenta empozamiento en algunos puntos.

Recomienda: mantenimiento de zonas verdes, instalación de canales y bajantes conectadas a un sistema de drenaje de aguas superficiales; aplicar pintura en algunos elementos.

Sobre las recomendaciones dadas en la visita, dijo el testigo que es un lugar a la intemperie en un sitio muy lluvioso, cada año que se hacen eventos tiene el mantenimiento periódico porque la mayor parte del tiempo permanece cerrado; no se hicieron las canalizaciones y

filtros para las aguas porque las condiciones climáticas no permiten funcionar adecuadamente esos elementos, además es un área verde que no amerita un sistema de canalización.

Añadió que el inmueble no amenaza riesgo para la comunidad, ni en el Comité de Gestión del Riesgo municipal se ha abordado un problema sobre el mismo. La Corporación Equina de Salamina realiza los eventos en el coliseo previo convenio con el municipio.

MARCO NORMATIVO

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

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

En relación con este derecho la Corporación ha explicado²:

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

Sobre la base de la anterior definición, en el inciso segundo de la misma norma se señaló que: "constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la

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

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

preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo". (se resalta)

b. La seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente

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

"[...] 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

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

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 instaura como estándar de sus actuaciones.

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

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

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

“[...]”

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

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

pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella.

[...]”.

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

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

“[...]

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

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

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

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

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

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

Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como intereses de representación difusa, en la medida en que su titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea aprobada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.⁷⁷ (Negrillas por fuera del texto).

Ahora bien, de acuerdo a lo probado quedó demostrado que el inmueble objeto de la presente controversia estructuralmente no presenta ningún deterioro ni amenaza de ruina de modo que no amerita ninguna intervención en este aspecto, de otro lado se pudo establecer que se trata de una construcción rural típica y propia para el fin para el cual es utilizado, esto, es ferias equinas y ganaderas que solo es utilizado 2 veces al año permaneciendo vacío y sin uso el resto del tiempo.

En lo que refiere a la falta de canalización de aguas lluvias, de acuerdo al testimonio rendido en primera instancia es un elemento que no se amerita dada la zona en la cual está construida, pues se encuentra en una zona verde amplia y plana, sumado a que la falta de estos no genera ningún deterioro de la estructura del bien inmueble, o que pueda llegar a afectar a la comunidad pues no se encuentra afectando alguna ladera o propiedad aledaña.

En conclusión, al analizar las pruebas en conjunto, bajo las reglas de la sana crítica, la Sala concluye que, así como lo señaló el Juez de primera instancia, no se demostró la vulneración alegada por parte del actor, pues el bien inmueble objeto de la presente controversia es un coliseo que se utiliza para ferias equinas o ganaderas, las cuales solo tienen lugar dos veces al año, además de que la estructura del mismo se encuentra en buen estado sin presencia de deterioro o amenaza de ruina, cumpliendo con las especificaciones para este tipo de estructuras. Sumado a lo anterior se encuentra probado que la poda y mantenimiento de las zonas de corral se realiza cuando se va a realizar algún evento, estando cerrado el resto del tiempo, situación que de modo alguno afecta a la comunidad del corregimiento de San Félix del municipio de Riosucio.

⁷⁷ Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00779-01(AP), Actor: Luis Carlos Domínguez Prada, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Ahora bien, pese a que no existe vulneración alguna a los derechos colectivos alegados por el actor se exhortará al municipio de Salamina para que en caso de realizarse algún evento garantice el mantenimiento del predio y realice las podas recomendadas en la inspección realizada al sitio por parte del Arquitecto Diego Pineda contratista de la alcaldía de Salamina - Caldas.

Por lo anterior, y sin necesidad de mayores elucubraciones, en consideración de esta Sala la sentencia de primera instancia mediante la cual se niega las pretensiones incoadas por el actor amerita ser confirmada.

COSTAS

De conformidad con lo previsto en los artículos 38⁸ de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁹, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, en esta instancia no se condenará a este rubro, toda vez que no se advierte actuar temerario o de mala fe de la parte demandante.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el **Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales**, el 24 de julio de 2023, dentro del presente **medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos** promovido por **ENRIQUE ARBELÁEZ MUTIS** contra el **MUNICIPIO DE SALAMINA – CALDAS**.

SEGUNDO: EXHORTAR al **municipio de Salamina, Caldas**, para que previamente a cualquier evento que se autorice realizar en el coliseo de ferias del Corregimiento de San Felix, **garantice el mantenimiento del predio y realice las podas recomendadas en la**

⁸ “ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

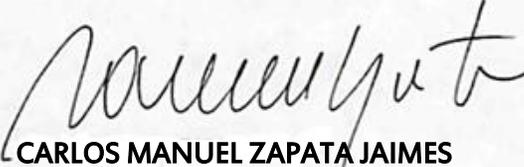
inspección realizada al sitio por parte del Arquitecto Diego Pineda contratista de la alcaldía de Salamina - Caldas.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.

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 de Decisión realizada el 16 de noviembre de 2023 conforme acta nro. 072 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, dieciséis (16) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17-001-33-33-002-2023-00053-02
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	MARIA LILIANA MANRIQUE ECHEVERRI
ACCIONADO	MUNICIPIO DE MANIZALES Y EL INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Manizales contra el fallo que accedió parcialmente a pretensiones, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de julio de 2023, dentro del proceso de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La sentencia de primera instancia data del 31 de julio de 2023, y fue apelada por el municipio de Manizales; recurso que se concedió mediante auto del 7 de septiembre de los corrientes.

El acta de reparto de la Oficina Judicial tiene fecha del 6 de octubre de 2023; y el recurso fue admitido el 10 de octubre del año en curso. El proceso ingresó a despacho para sentencia de segunda instancia el 19 de octubre de 2023.

PRETENSIONES

1. Adoptar todas las medidas técnicas, presupuestales y administrativas con el fin de que cese la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; la seguridad y salubridad pública; y el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente.

2. Realizar una reparación total de la malla vial en el sector de la carrera 33 con calle 10 C, barrio Los Nogales, a través del levantamiento de la loza de concreto existente y la nueva pavimentación con el fin de garantizar la durabilidad de las obras. Lo anterior, a través de las medidas técnicas y materiales que garanticen su duración.
3. Construir y reparar los desagües y demás obras de canalización de aguas lluvias que existen en el sector para garantizar la durabilidad de las obras a realizar.
4. Realizar la intervención integral a las laderas del sector de Los Nogales con el fin de propender por el cuidado de las mismas en materia ambiental, de riesgo y evitar los asentamientos subnormales de habitantes de la calle.
5. Realizar la instalación y revisión de luminarias a las que haya lugar en el sector Los Nogales de la ciudad de Manizales, particularmente en la carrera 33 con calle 10 C; con el fin de brindar la suficiente iluminación y seguridad a la zona.
6. Realizar labores de poda estructural de los árboles indicados en la acción popular, y en el mismo sentido, ejecutar un mantenimiento periódico de dichas especies.

HECHOS

- La demandante es habitante del barrio Los Nogales, e informó que a la altura de la carrera 33 con calle 10 C, vía alterna que conduce a la vía Panamericana, existen múltiples fracturas, desprendimientos de loza y hundimientos causados por el paso constante de vehículos, teniendo en cuenta la importancia de conexión que representa en el sector.
- Adicional a lo anterior, se evidencia una problemática de falta de iluminación pública, lo cual, sumado a las características montañosas de la zona, contribuye a los asentamientos informales de habitantes de la calle en las laderas del sector.
- Resaltó que, a pesar de haber acudido en diferentes espacios ante la administración municipal, los problemas continúan causando riesgos de accidentalidad en la vía, vibraciones en las viviendas e inseguridad vial.
- Que en la carrera 33 con calle 10C se encuentra una ladera que no ha sido objeto de mantenimiento, poda y rocería por parte de la administración, lo cual ha generado que se aglomeren habitantes de la calle, basuras, escombros y se generen constantes hurtos.

- En la carrera 34 10C-04 se tiene la presencia de un árbol que se encuentra sumamente grande, enredado en las cuerdas de servicios públicos, interfiriendo las casas habitadas con sus amplias ramas y perjudicando también la visibilidad de los habitantes de las casas y poder velar por la seguridad de la vía alterna, en el mismo sentido existen unos árboles que se encuentran en la ladera que está ubicada en la carrera 37 A con 10 C.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

MUNICIPIO DE MANIZALES: comenzó por pronunciarse sobre los hechos para afirmar de su mayoría que debían probarse, e hizo mención al artículo 195 del CGP.

En relación con las pretensiones se opuso a su prosperidad al considerar que el ente territorial no ha vulnerado ni puesto en peligro por acción u omisión los derechos colectivos invocados.

Con soporte en conceptos técnicos, manifestó que no se debe tener al municipio de Manizales como vulnerador de los derechos colectivos cuando los informes contienen claras evidencias del trabajo articulado interadministrativo que se viene realizando en el sector.

Propuso las excepciones de:

- **Improcedencia de la acción:** de conformidad con el artículo 9 de la Ley 472 de 1998 es claro que no se presenta vulneración de los derechos invocados.

- **Moralidad administrativa:** el municipio ha dado cumplimiento a las funciones administrativas acorde a sus competencias en pro de la comunidad y cumpliendo los fines estatales, sin omisión alguna.

- **Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción:** vistos los hechos y las pretensiones de la acción impetrada es claro que ella no corresponde al trámite de la acción popular en el entendido que se busca la protección de un interés particular.

- **Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos:** la carga de la prueba corresponde a la accionante, es decir, es su deber probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de amenaza o vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección reclama.

- **Falta de integración del litisconsorcio necesario, competencia subsidiaria de otra entidad:** solicitó la vinculación de la empresa metropolitana de aseo, para que, dentro de sus competencias y objeto de contratos y convenios con el municipio, genere su compromiso dentro de la presente acción popular.

- **Genérica.**

INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES: frente a los hechos indicó de algunos que no le constaban; y de otros que no eran ciertos.

En relación con las pretensiones sostuvo que el instituto no se encuentra vulnerando ningún tipo de derecho colectivo.

Como razones de defensa manifestó que la finalidad de esta acción es la protección de los derechos colectivos que estén amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares; pero que en este caso la entidad no se encuentra violando los mismos ya que la pretensión principal de reparar una vía municipal no es competencia del instituto; y, en segundo lugar, por cuanto no se demostró la supuesta afectación del citado derecho por parte del instituto demandado; razones por las cuales no se puede endilgar responsabilidad alguna.

Propuso las excepciones de:

- **Indebido agotamiento de requisito de procedibilidad:** la accionante previo a presentar la demanda debió acudir ante el Instituto de Valorización de Manizales a solicitar que se adoptaran las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo supuestamente amenazado o violado, actuación que no desplegó. Y aunque en el texto de la demanda se aduce que desde el mes de septiembre de 2022 se elevó petición a las accionadas dicha aseveración no es cierta, dado que revisados los sistemas de información y el control de peticiones del INVAMA no se encontró ninguna solicitud y/o similar radicada tendiente a la revisión de lo pretendido en la demanda, y lo que se observa de los anexos aportados con el libelo demandatorio es una petición dirigida a las secretarías de Obras Públicas, Gobierno y Medio Ambiente del Municipio de Manizales, así como al INVAMA; sin embargo, esta última nunca fue radicada en el instituto y así se evidencia con los sellos de recibido donde solo se constata el de la Oficina de Atención al Usuario y Correspondencia del municipio de Manizales, por lo que se concluye que la demandante no cumplió con la carga procesal establecida en el artículo 144 del CPACA.

- **El INVAMA no ha vulnerado ni amenazado ningún derecho colectivo:** no se aportó material probatorio que permita inferir la supuesta vulneración a los derechos e intereses colectivos incoados en la demanda, toda vez que dentro de las competencias y objeto misional de la entidad se ha cumplido con lo que está a su alcance. Y asumir la postura de que cada que un ciudadano solicite la ubicación de luminarias en cualquier parte de la ciudad no implica que la entidad deba acceder a estas peticiones, pues para ello debe existir una situación de necesidad y conveniencia.

- **Ausencia de pruebas que permitan evidenciar la vulneración de derechos e intereses colectivos:** en el *sub lite* no se reúnen los presupuestos de la segunda parte del artículo 30 de la Ley 472 de 1998 y por lo mismo la actora popular debe acreditar las imputaciones consignadas en su escrito de demanda, pues debió demostrar la negligencia de la entidad, y por el contrario lo que se evidencia es que la accionante nunca acudió ante el INVAMA para poner en conocimiento de la entidad las supuestas irregularidades alegadas.

- **Genérica.**

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 31 de julio de 2023 el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales accedió parcialmente a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si las condiciones de desgaste de la malla vial; de inseguridad por falta de iluminación suficiente y presencia de habitantes de calle; el estado de la ladera y los árboles del sector objeto de la demanda; constituían amenaza a los derechos colectivos invocados por la demandante.

En primer momento realizó un análisis sobre la acción popular y los derechos colectivos invocados como vulnerados, goce del espacio público; la seguridad y salubridad pública; y la prevención de desastres previsibles técnicamente.

A continuación, relacionó los hechos probados, y con soporte en ellos concluyó que la vía objeto de la inspección judicial en la carrera 33 con calle 10C si bien presentaba fracturas de pavimento que no comprometían la seguridad de los transeúntes, sí adolecía de unos tramos con verdaderos hundimientos que debían ser reparados por el municipio de Manizales; esto, en defensa del derecho al uso y goce del espacio público, del cual hacían parte las vías públicas, pues tales desperfectos generaban alto riesgo de accidentes.

En relación con la seguridad entendida como las acciones de la administración para evitar hechos delictivos, precisó que se había constatado en la inspección judicial que el nicho utilizado por habitantes de calle para el consumo de estupefacientes ya había sido desmantelado.

En cuanto a la ladera, sostuvo que de la visita técnica realizada por personal de Corpodalda se advirtió que la misma no presentaba riesgos de inestabilidad, en tanto en la inspección judicial se verificó que había sido objeto de limpieza en la parte inferior así como del canal que recibía las aguas de la ladera; pero que se había detectado que algunos árboles actualmente presentaban una altura e inclinación considerable que podía dar lugar a caída y consecuente riesgo de accidente para peatones y vehículos, por lo que consideró era necesario revisar ese aspecto por la administración municipal pues de no llevarse a cabo se amenazaba el derecho a la prevención de desastres.

Por último, precisó que no se estableció la falta de funcionamiento de las luminarias del sector, más allá del señalamiento que en el curso de la inspección judicial realizó la accionante sobre algunas que, según dijo, no operaban correctamente. Por ello, decidió exhortar al INVAMA para que realizara la revisión, y, si era de caso, las reparaciones respectivas.

Se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones alegadas por el municipio de Manizales.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de Indebido agotamiento del requisito de procedibilidad formulada por el INVAMA.

TERCERO: DECLARAR que el municipio de Manizales incurre en amenaza, por omisión, al derecho colectivo al uso y goce del espacio público; así como a la prevención de desastres previsibles técnicamente.

CUARTO: En consecuencia SE ORDENA al Alcalde del Municipio de Manizales sr Carlos Mario Marín Correa o a quien haga sus veces, que: i) en el término de dos (2) meses a partir de esta sentencia proceda a reparar los hundimientos que presenta la vía en la carrera 33 con calle 10C del barrio Los Nogales de Manizales; y ii) en el término de quince (15) días siguientes a esta sentencia proceda a la revisión de los árboles sobre la ladera del barrio Los Nogales para determinar cuáles por su tamaño e inclinación presentan riesgo de desplome, y tomar las medidas técnicas sobre los mismos que sean necesarias.

EXHORTAR al sr Gerente del INVAMA que proceda a realizar la revisión de las luminarias sobre la carrera 33 con calle 10C del barrio Los Nogales de Manizales, y en caso de no funcionar correctamente, hacer las reparaciones necesarias.

QUINTO: CONFORMAR un comité para la verificación del cumplimiento de esta providencia, el cual estará integrado por la suscrita Juez -quien lo presidirá; por el Personero del Municipio de Manizales, por el alcalde de Manizales o su delegado y la accionante; de conformidad con lo establecido por el artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

Para el efecto, el alcalde de Manizales o su delegado deberá presentar informe escrito de cumplimiento del fallo al Juzgado, al vencimiento de cada uno de los términos concedidos en esta providencia (...).

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

MUNICIPIO DE MANIZALES: presentó recurso de alzada contra la providencia de primera instancia, según documento que en el expediente digital se identifica con el #32, para manifestar su inconformidad con los numerales tres y cuatro del fallo.

En relación con el ordinal tercero señaló que no hay evidencia de la vulneración de derechos colectivos ya que no existe perjuicio que atente en forma alguna contra los mismos, no hay prueba de daños o lesionados o siquiera amenazas en su contra, y está demostrado que no existe actualmente proceso de riesgo alguno, salvo lo “visible” en la inspección judicial, presencia de árboles de gran altura e inclinación considerable, lo cual carece de concepto técnico que coincida con lo advertido en esa diligencia y que obligue a la autoridad competente a la posible tala de árboles por esta causa.

Agregó que de obligarse a través de sentencia la intervención sin soporte alguno de tal riesgo se atentaría contra la planeación y principios de la contratación estatal; destacando frente al tema de los árboles que se envió oficio a la Empresa Metropolitana de Aseo para que se realice una poda estructural, lo cual deja sin piso la reclamación que por este medio se realizó.

En cuanto al ordinal cuarto del fallo que declaró la vulneración de los derechos colectivos aseveró que esto no es cierto, tal como se desprende del informe allegado por la secretaría de Obras del que se puede evidenciar que ya se tiene la vía incluida en el inventario de necesidades; y se han programado las obras civiles como necesarias, no urgentes, para intervenir con vigencias futuras.

Destacó que es necesario que se revisen las decisiones judiciales, las cuales considera tiene un mensaje contrario al deber ser, la intervención en las decisiones y planificación del ejecutivo cuando no está probado el menoscabo de derecho colectivo alguno, agregando que la parte actora no hizo mención en sus pretensiones a la tala de especies arbóreas sino la poda, sin que acreditara la relación de causalidad que pudiera existir entre la presunta afectación del interés colectivo y la acción u omisión del municipio de Manizales.

Pidió que en caso de que se confirme la sentencia se tenga en cuenta que el otorgar tan solo “dos (2) meses”, contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, es limitar en tiempo el cumplimiento a riesgo de posible “desacato”, pues se está supeditado a un trámite de contratación estatal que es ajeno a la voluntad del ente territorial y, por ende, cualquier dilación en este aspecto es completamente excusable al querer de los servidores públicos competentes y, hasta hoy, obligados a ello; sin que tampoco se pueda garantizar que en 2 meses se logre la correspondiente apropiación presupuestal de recursos para la próxima vigencia fiscal por la actual escasez presupuestal y cambio de gobierno local.

Pidió entonces se revoque la sentencia de primera instancia, y en caso de no acceder a lo anterior, se modifique el plazo que se otorgó al ente territorial para realizar las obras.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ni la parte demandante ni la parte demandada presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

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 demostró la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público, y a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte del municipio de Manizales debido al estado de la malla vial y la presencia de árboles en la vía ubicada en Carrera 33 con calle 10 C del barrio Los Nogales?

Lo probado en el proceso

- En respuesta a petición presentada por la demandante ante Corpocaldas, esta entidad indicó mediante oficio del 1 de noviembre de 2022 lo siguiente:

ASUNTO: Respuesta a: 2022-EI-00017177 solicitud visita técnica para manejo de ladera y poda de árboles, Barrio Los Nogales Manizales.

Cordial saludo,

En atención al asunto de referencia, Derecho de petición elevado por parte de la señora María Liliana Manrique Echeverry, identificada con cedula de ciudadanía número 30310997, habitante del barrio Los Nogales, relaciono a usted la siguiente solicitud:

- *Primer:* Adoptar las medidas técnicas, presupuestales administrativas con el fin de cesar la vulneración a mis derechos e intereses colectivos.
- *Segundo:* Realizar la poda TOTAL de la ladera y constantemente cada que esta esté en mal estado.
- *Tercero:* La limpieza de canaletas, haciendo referencia alrededor de toda la zona de la ladera.

Al respecto, me permito informar que funcionarios de la subdirección de Biodiversidad y Ecosistemas de CORPOCALDAS, realizó visita técnica el día 19 de octubre del presente año a predio Público, ubicado en la dirección carrera 33 con calle 10 D, barrio Los Nogales. Manizales – Caldas, coordenadas N: 5.059804 – W: -75.524422, donde se efectuó recorrido de verificación en el sector en compañía de la solicitante (Liliana María Manrique Echeverry), quien de manera verbal manifiesta que “debido a la falta de manejo del rastrojo de la zona se ha convertido en escondite para ladrones”. El área evaluada se caracteriza por comprender terreno con pendiente pronunciada del 75% aproximadamente, presenta vegetación relacionada con rastrojos altos y bajos identificando en gran parte gramíneas de diferentes especies, Matandrea (*Renealmia s.p*), mora silvestre (*Rubus robustus*) entre otras especies de bajo porte, y la presencia de individuos de regeneración natural como Camargo (*Verbesina arborea*), Sietecueros (*Tibouchina s.p*) y Arboloco (*Montanoa quadrangularis*), los cuales se encuentran en etapa de crecimiento con diámetros entre los 0,8 a 0,17 metros.

Se evidencia que la mayor parte de la cobertura vegetal existente, ha sido invadida por una planta trepadora, conocida como Ojo de Poeta (*Thunbergia s.p*). Se observan escaleras públicas despejadas, y taponamiento de canales de desagüe.

En base a lo observado en la visita técnica, se determina que en el sector se han presentado condiciones de cobertura de maleza y crecimiento de rastrojos debido a la falta de mantenimiento (desyerbe o limpieza); sin embargo, no se observa riesgo físico relacionado con la vegetación existente por árboles de alto porte, ya que sobre la zona evaluada no existe componente arbóreo de altura considerable el cual requiera de manejo silvicultural como podas o apeo; no se evidencia afectación de carácter sanitario o estructural de los individuos ubicados en el sector o riesgo a estructuras residenciales, líneas de conductividad eléctrica o espacios de tránsito de personas o vehículos.

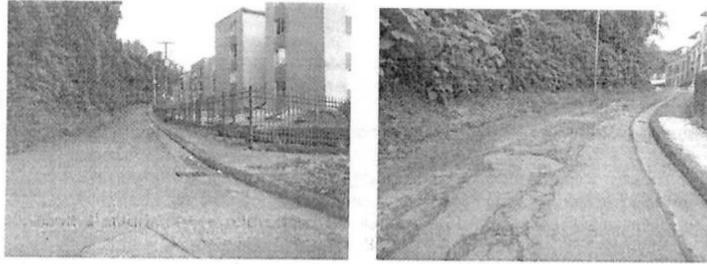
Teniendo en cuenta que, Corpocaldas emite conceptos técnicos y recomendaciones respecto al manejo del medio ambiente y no tiene dentro de su competencia la realización física de poda, tala, aprovechamiento o manejo de especies arbóreas o vegetación asociada, por tratarse de un predio de propiedad de la Alcaldía de Manizales se remite el presente caso a la Administración Municipal de Manizales, la cual de acuerdo a sus competencias puede tomar las acciones correspondientes, de conformidad con el Decreto 1504 de 1998, *Por el cual se reglamenta el manejo del espacio público en los planes de ordenamiento territorial*, donde se define que es el municipio la autoridad competente para autorizar la tala o poda de los árboles que constituyen elementos del espacio público, ya que confieren a los municipios, la administración de los elementos constitutivos artificiales (áreas que integran los sistemas de circulación peatonal y vehicular y parques urbanos) y los complementarios (vegetación natural intervenida como jardines, arbustos, setos o matorrales y árboles o bosques).

Por lo tanto, se remite la solicitud presentada por medio de Derecho de Petición por parte de la señora María Liliana Manrique Echeverry, identificada con cedula de ciudadanía número 30310997, relacionado con las PRETENSIONES anteriormente enunciadas.

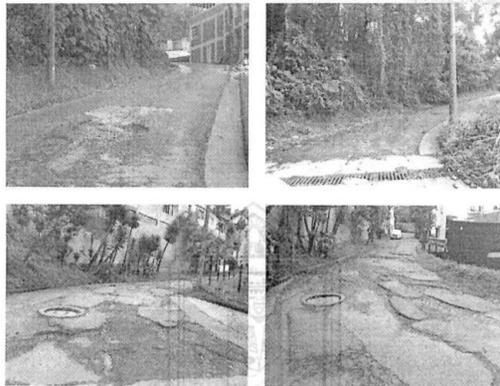
- En respuesta a petición presentada por la demandante para agotar el requisito de procedibilidad frente a este medio de control, el municipio de Manizales a través de la Secretaría de Obras Públicas profirió el oficio SOPM-2565-UGT-VU-2022 el 20 de octubre de 2022 mediante el cual informó lo siguiente:

Atento saludo.

En atención al asunto de la referencia, cordialmente le informamos que esta Secretaría ha realizado visita técnica en la Carrera 33 con Calle 10C del barrio Los Nogales, observando pavimento asfáltico en regular estado, el cual presenta fractura, hundimiento puntual y desprendimiento de bloques de asfalto, ocasionado por fallas en su estructura, el desgaste normal debido a los años de uso y el intenso tráfico vehicular que circula por el sector.



Cabe realzar que dicho pavimento presenta un espesor mínimo que no garantiza su durabilidad en el tiempo, toda vez que a la fecha se ha incrementado notablemente su uso por las nuevas construcciones que se vienen adelantando en el sector.



Por lo anterior, esta Secretaría incluirá en el inventario de necesidades viales, el mantenimiento del pavimento en el sitio en mención, para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades para próximas vigencias fiscales.

- Se tiene concepto técnico emitido por la Secretaría de Obras del municipio el 8 de marzo de 2023 en la cual se plasmó:

HECHOS:

"Soy habitante y líder representante de la comunidad del barrio Nogales de la ciudad de Manizales.

SEGUNDO: A la altura de la Carrera 33 con calle 10 C, calle alterna que conduce a la vía Panamericana existen múltiples fracturas, desprendimientos de losa y hundimientos; causados por el paso constante de vehículos teniendo en cuenta la importancia de conexión que representa el sector.

Efectivamente en la Carrera 33 con Calle 10C del barrio Los Nogales, se observa pavimento asfáltico en regular estado, el cual presenta fractura, hundimiento puntual y desprendimiento de bloques de asfalto, ocasionado por fallas en su estructura, el desgaste normal debido a los años de uso y el intenso tráfico vehicular que circula por el sector; sin embargo, presenta una movilidad funcional tanto vehicular como peatonal.

USO OFICIAL - ALCALDIA DE MANIZALES

Cabe resaltar que dicho pavimento presenta un espesor mínimo que no garantiza su durabilidad en el tiempo, toda vez que a la fecha se ha incrementado notablemente su uso por las nuevas construcciones que se vienen adelantando en el sector.



Por lo anterior, esta Secretaría ha incluido en su inventario de necesidades viales, el mantenimiento de dicho sector, para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades.

TERCERO: Adicional a lo anterior, se presenta una problemática de falta de iluminación pública en la misma, lo cual a su vez (sumado a las características montañosas de la zona) ha contribuido con los asentamientos informales de habitantes de calle en las laderas del sector.

El tema de iluminación pública es un tema de competencia del Instituto de Valorización Municipal, por lo que, se debe remitir a dicha entidad, para que, de acuerdo a su competencia, se emita concepto técnico y se brinde solución en los términos de Ley.

CUARTO: A pesar de haber acudido en diferentes espacios ante la administración municipal, las problemáticas anteriormente narradas han continuado, causando riesgos de accidentalidad en la vía, vibraciones hacia las viviendas e inseguridad vial y personal en el sector. Es menester mencionar que el "reparcho" no ha resultado efectivo teniendo en cuenta el tráfico de la zona.

La Secretaría de Obras Públicas, ha realizado mantenimiento periódico a la mencionada vía, mediante parcheo en asfalto, para garantizar la movilidad peatonal y vehicular del sector, y ha incluido en su inventario de necesidades viales, el mantenimiento de dicho sector, para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades.

(...)

PRETENSIONES:

"PRIMERA: Adoptar todas las medidas técnicas, presupuestales, administrativas con el fin de cesar la vulneración a mis derechos e intereses colectivos

La Secretaría de Obras Públicas, a través de sus diferentes actuaciones técnicas,

USO OFICIAL - ALCALDÍA DE MANIZALES

administrativas y operativas, garantiza la protección de los intereses colectivos de la comunidad.

SEGUNDO: Realizar una reparación TOTAL de la malla vial en el sector de la Carrera 33 con calle 10 C, del barrio Nogales, a través del levantamiento de la loza de concreto existente y la nueva pavimentación, con el fin de garantizar la durabilidad de las obras. Lo anterior a través de las medidas técnicas y materiales que garanticen su duración.

La Secretaría de Obras Públicas, ha incluido en su inventario de necesidades viales, el mantenimiento de la Carrera 33 con calle 10C, del barrio Los Nogales, para ser desarrollado de acuerdo con un orden de prioridades.

TERCERO: Construir y/o reparar los desagües y demás obras de canalización de aguas lluvias que existan en el sector para garantizar la durabilidad de las obras a realizar.

Entre las obras de reparación y mantenimiento del pavimento de la Carrera 33 con calle 10C, del barrio Nogales, se incluirá, en caso de requerirse, la construcción y adecuación de los imbornales necesarios para garantizar la correcta escurriencia de las aguas del sector.

10C, del barrio Nogales, se incluirá, en caso de requerirse, la construcción y adecuación de los imbornales necesarios para garantizar la correcta escurriencia de las aguas del sector.

CUARTO: Realizar una intervención integral a las laderas del sector de Nogales, por el fin de propender por el cuidado de las mismas en materia ambiental, de riesgo y evitar los asentamientos subnormales de habitantes de calle.

La zona se encuentra ubicada dentro del predio identificado con ficha catastral No. 1700101040000047900190000000 que figura como propiedad de la Gobernación de Caldas acorde al catastro Masora, por lo que se debe enviar la presente comunicación para que, en atención a sus competencias funcionales, revisen la situación antes descrita y adopten las medidas que consideren pertinentes para solventar la situación que se presenta.

QUINTO: Realizar la instalación y revisión de luminarias a las que haya lugar en el sector Nogales de la ciudad de Manizales, particularmente en la carrera 33 con calle 10 C; con el fin de brindar la suficiente iluminación y seguridad a la zona.

Como se indicó anteriormente, este tema es competencia del Instituto de Valorización Municipal (INVAMA).

SEXTO: Realizar labores de poda estructural de los árboles indicados en la presente acción popular, y en el mismo sentido, ejecutar un mantenimiento periódico de dichas especies."

Este tema es competencia de la Secretaría de Medio Ambiente, por lo que, se debe remitir a dicha Secretaría para que, emita respuesta en los términos de Ley.

- Se tiene concepto técnico emitido por la Secretaría de Gobierno – Unidad de Seguridad Ciudadana el 10 de marzo de 2023 en la cual se plasmó:

<p>TERMINO PARA LA EJECUCIÓN</p> <p>Una vez revisado el escrito de la acción popular, se tiene que en el acápite de hechos se hizo alusión a la siguiente problemática:</p> <p>OCTAVO: En la carrera 33 con calle 10C se encuentra una ladera que no ha sido objeto de mantenimiento, poda y rocería por parte de la Administración, lo cual ha generado que en ella se aglomeren habitantes de calle, basuras y escombros y se generen constantes hurtos, exactamente en las escaleras del Colegio Pablo VI, que conducen al barrio los Nogales.</p> <p>Por lo anterior, se revisó el asunto con la Unidad de Protección a la Vida adscrita a la Secretaría de Gobierno quienes realizaron intervención en el sitio señalado y en el siguiente acápite se describen las acciones que se tomaron tendientes a la atención de habitantes en calle en el sitio.</p>
<p>FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO TECNICO</p> <p>De acuerdo a la pretensión cuarta del escrito de acción popular que a continuación se muestra:</p> <p>CUARTO: Realizar una intervención integral a las laderas del sector de Nogales, por el fin de propender por el cuidado de las mismas en materia ambiental, de riesgo y evitar los asentamientos subnormales de habitantes de calle.</p>

La Profesional Universitaria Valentina Alzate Ruiz de la Unidad de Protección a la Vida de la Secretaría de Gobierno mediante Oficio SGM UPV-032 del 9 de marzo de 2023 informó:

*Asunto. INVASION DE HABITANTES DE Y EN LA CALLE LADERA LOS NOGALES
Referencia: INFORMACION EN RELACION CON ACCION POPULAR.*

Cordial saludo,

La Unidad de Protección a la Vida es el programa adscrito a la Secretaría de Gobierno-Alcaldía de Manizales que en el ámbito de sus funciones establece lineamientos generales para crear estrategias dirigidos a garantizar, promocionar, proteger y restablecer los derechos de las personas que se encuentran en condición de calle, con el propósito de lograr su atención integral, rehabilitación e inclusión social.

Uno de nuestros principales objetivos es contribuir a la seguridad y convivencia ciudadana a través del control e inspección de los ciudadanos habitantes de calle del municipio en horas diurnas y nocturnas con el fin de disminuir los índices de hurto y sus diferentes requerimientos que se puedan suscitar, dentro de esta estrategia se realizan recorridos permanentes en los diferentes sectores de la ciudad con una cobertura horaria de 6:00 am a 10:00 pm, garantizando una respuesta oportuna a la reducción del daño a los habitantes de la calle vulnerables en su estado de indefensión, requiriéndose de la protección del Estado.

En relación con el trabajo de intervención de la ladera los nogales, nos permitimos manifestarle lo siguiente, el equipo psicosocial de la Unidad de Protección a la Vida realiza inspección ocular el día 08 de marzo del presente año, con la finalidad de verificar la construcción de cambuches y presencia de ciudadanos habitantes de y en la calle, encontrando un punto crítico de consumo de sustancias psicoactivas y cambuche de habitante de calle.

En la intervención se realiza proceso de caracterización para la identificación del ciudadano, se le brinda atención PSICOSOCIAL para el restablecimiento de sus derechos, socialización de las rutas de atención para ingreso a tratamiento de desintoxicación continuo a proceso de institucionalización, es importante informar que el ingreso a estos procesos debe ser de forma voluntaria por parte del ciudadano, el cual manifestó no querer ingresar alguno de estos procesos. Se sensibiliza sobre la ocupación ilegal de estas laderas y el plan de recuperación que ejecutara desde el programa para la recuperación de la misma.

Además, se informa que la Unidad de Protección a la Vida en articulación con el programa de Sellos Verdes de la Secretaría de Gobierno, realizara proceso de destrucción del cambuches, y limpieza de la ladera el próximo 15 de marzo del presente año, dadas las condiciones climáticas actuales que no permiten una intervención inmediata.

Se anexa evidencia fotográfica.



Cualquier solicitud de carácter adicional la Unidad de Protección a la Vida, lo resolver. Celular 3105485657 - 3182432343 teléfono 8804308 Correo upv@manizales.gov.co

Por lo anterior se abordó la problemática anunciada y se realizará el respectivo seguimiento.

- Se tiene concepto técnico emitido por la secretaría de Medio Ambiente el 6 de marzo de 2023 en la cual se plasmó:

<p>TERMINO PARA LA EJECUCION Se envía nuevamente autorización de intervención a EMAS By Veolia, SMA UGA 0299 ACCION POPULAR LOS NOGALES, con fecha del 06 de marzo de 2023, con nota de realizar de manera urgente y dar prioridad a los trabajos autorizados, programación que depende de dicha entidad. Jornada de limpieza a más tardar en el mes de abril de 2023.</p>
<p>FUNDAMENTOS DEL CONCEPTO TECNICO HECHOS numeral OCTAVO: Una vez revisado el proceso de Gestión documental de la Alcaldía se encontró que anterior a la fecha de este escrito no se ha presentado por parte de la accionante, una solicitud referente al mantenimiento de la ladera o limpieza de residuos en la vía pública, sin embargo, es importante informar que en el marco del Decreto 1077 de 2015 que establece la prestación del servicio de aseo específicamente en el Capítulo VI "Corte de Césped y Poda de Árboles. Esta actividad debe realizarse en las áreas verdes públicas de los municipios, tales como: separadores viales ubicados en vías de tránsito automotor o peatonal, glorietas, rotondas, orejas o asimilables, parques públicos sin restricción de acceso definidos en las normas de ordenamiento territorial, que se encuentren dentro del perímetro urbano. Se excluye de esta actividad el corte de césped de los antejardines frente a los inmuebles el cual será responsabilidad de los propietarios de estos. Parágrafo. Se excluyen las actividades de ornato y embellecimiento", de acuerdo a ello, me permito informar que la empresa prestadora del servicio de aseo, realizó el mantenimiento de borde de la vía el 28 de enero de 2023 y es una actividad que tiene una periodicidad de 45 a 60 días; en lo relacionado con la recolección de los residuos que se encuentran sobre la vía, se solicita vinculación al presente proceso de la empresa EMAS By Veolia</p>

para realizar conjuntamente, una jornada de limpieza con la empresa de aseo para realizarla a más tardar en el mes de abril de 2023.

PRETENCIONES numeral SEXTO:

Mediante oficios SMA UGA 1376 del 01 de octubre de 2021 y SMA UGA 0523 GED 13787 del 15 de abril de 2022, la secretaría de Medio Ambiente autorizó para que la empresa EMAS, realizara los trabajos de deshoje y poda estructural en una de las direcciones visitadas, labores que a la fecha no se han realizado, o si se realizaron, no corresponden a las autorizadas, que estaban enfocadas en la poda de formación y poda estructural a 2 metros.

Se solicita vinculación al presente proceso de la empresa EMAS By Veolia por tener las facultades de prestador del servicio de aseo en el municipio.

FIRMA DE QUIEN HACE EL CONCEPTO TECNICO

- Diligencia de inspección judicial a la carrera 33 con calles 10C, 10D, carrera 34 10C y carrera 37 A calle 10C del barrio Los Nogales, a la cual asistieron las partes. En el acta de la diligencia se consignó:

A lo largo del recorrido se verificó la necesidad de efectuar una observación nocturna para revisar cuáles eran los puntos que ameritaban la instalación de

unas nuevas luminarias y de los sectores que requerían mantenimiento de las luminarias existentes.

También se expresaron las acciones que se habían adoptado para efectos de mitigar la vulneración o puesta en peligro de árboles que se encontraban presentando algún riesgo para la comunidad, puntualizando que ya se han ejecutado acciones tendientes a reducir el riesgo por este tipo de elementos arbóreos en la zona. Se pudo concluir que se han venido ejecutando acciones por parte de la Secretaría del Medio Ambiente del Municipio de Manizales.

También se hicieron observaciones del estado en el que se encuentra la vía, la cual, según la demandante es muy utilizada por la población del sector, no obstante, en la diligencia se dejó constancia que durante el lapso que se estuvo presente por el lugar, tan solo pasaron dos motocicletas.

Adicional a lo visto, las funcionarias de la Unidad de Protección a la vida del Municipio de Manizales dejaron constancia de las acciones que se emprendieron para el desalojo de las personas que se encontraban viviendo en la zona en condiciones de calle, también se dejó constancia de la destrucción de los “cambuches” y de las demás zonas en las que se encontraron rastros de intervención antrópica.

En el recorrido se le dio el uso de la palabra a cada uno de los profesionales que acompañaron la diligencia quienes dejaron las constancias respectivas en la videograbación que se efectuó en la zona, a cargo del apoderado del INVAMA y del Municipio de Manizales, a quienes se les encargó la tarea de hacer llegar tanto las videograbaciones como las fotografías que se tomaran en el sector.

En la parte final se le dio el uso de la palabra a quienes habían participado de la inspección para que presentaran las conclusiones del recorrido, lo anterior, incluyó a la demandante. También se le concedió el uso de la palabra al señor Jorge Mario Marín Castaño para que presentara su declaración respecto a lo que le constaba sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

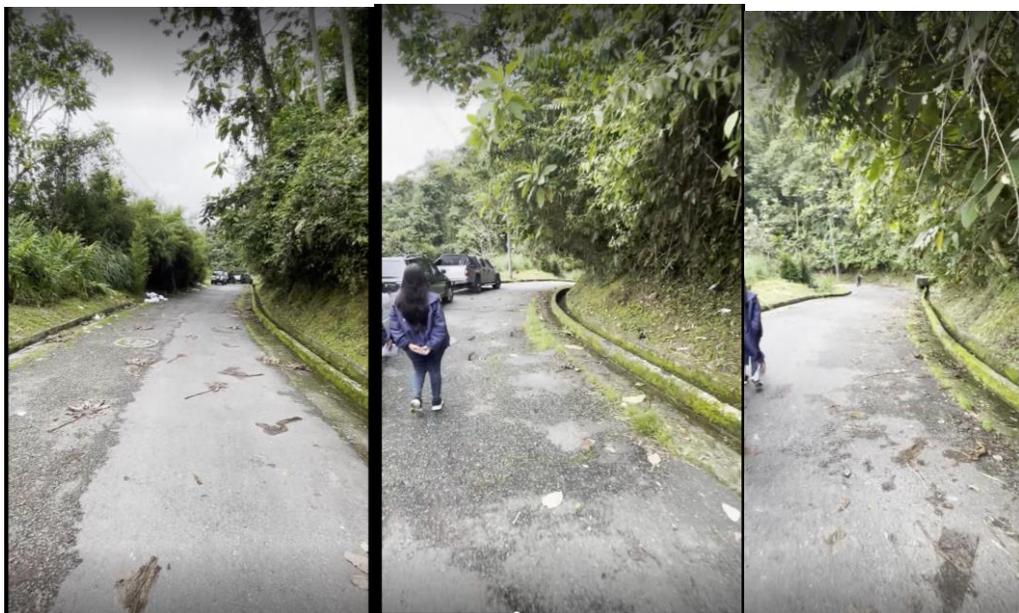
La totalidad de la declaración debe ser aportada por el apoderado del INVAMA. Así como los demás asuntos relacionados con la videograbación y fotografías de la zona.

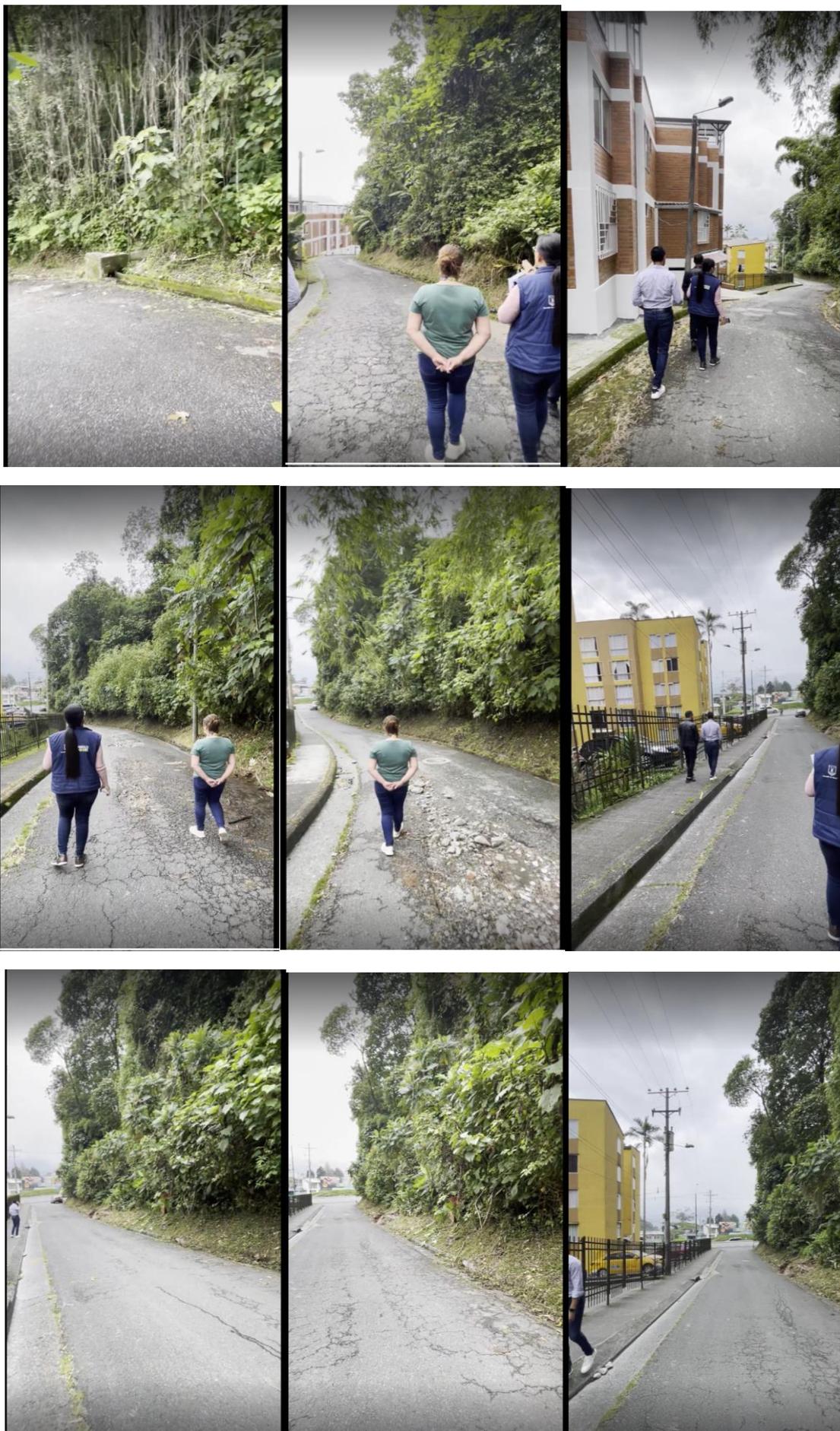
Aunado a lo consignado en el acta, del vídeo que reposa en el expediente se observa que:

- Se hizo mención a que la carretera se trata de una vía alterna, que se manifestó era muy transitada y servía para salir de manera más fácil a la vía Panamericana; aunque en el transcurso de la inspección judicial únicamente transitaron 2 motos por el lugar, se hizo alusión al tráfico pesado que a veces circulaba, teniendo en cuenta nuevas construcciones.
- Se adujo que la vía era muy importante y servía mucho para los habitantes del sector, pero siempre se hizo alusión a que era vía alterna.
- La vía recorrida en algunos tramos presentaba hundimientos y fracturas de pavimento, pero en otros sitios la capa asfáltica se encuentra en buen estado.
- Por parte de la Unidad de Protección a la Vida de la alcaldía se informó que se llevó a cabo una intervención para desalojar habitantes de calle que había en el lugar para institucionalizarlos, y que se destruyeron cambuches. En el momento de la diligencia no se evidenciaron habitantes de la calle en la ladera.
- Se advirtió sobre el mantenimiento de los canales y la ladera en la parte baja.
- En relación con el arbolado urbano se hizo mención a la posibilidad de revisar algunos árboles que tenían mayor inclinación que podrían generar riesgo para el tránsito de las personas y vehículos, para así poderles hacer un tratamiento o manejo silvicultural o en su defecto poderlos eliminar, para lo cual se le daría una autorización a EMAS; pero se advirtió que se habían ejecutado acciones en árboles y palmas de la zona que presentaban riesgo o afectaban la visibilidad.
- Se señalaron algunas lámparas que presentaban iluminación deficiente.
- Los canales de agua estaban limpios.

Estas son algunas imágenes que dan cuenta del estado de la malla vial y de la zona por la que pasa la vía:







Solución al problema jurídico

¿Se demostró la vulneración de los derechos colectivos al goce del espacio público, y a la prevención de desastres previsibles técnicamente por parte del municipio de Manizales debido al estado de la malla vial y la presencia de árboles en la vía ubicada en Carrera 33 con calle 10 C del barrio Los Nogales?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la parte demandante no acreditó de ninguna manera que el municipio de Manizales esté amenazando o vulnerando, con ocasión del estado de la malla vial ubicada en la carrera 33 con calle 10C del barrio Nogales y la presencia de árboles en el sector, algún derecho colectivo.

En la sentencia de primera instancia se declaró que el municipio de Manizales estaba vulnerando los derechos colectivos al goce del espacio público, y a la prevención de desastres previsibles técnicamente. Y para proteger los mismos se le ordenó que dentro del término de 2 meses, siguientes a la sentencia, procediera a reparar los hundimientos que presentaba la vía de la carrera 33 con calle 10C barrio Los Nogales; y en el término de 15 días, realizara la revisión de los árboles sobre la ladera del barrio Nogales para determinar cuáles, por su tamaño e inclinación, presentaban un riesgo de desplome, y tomar las medidas técnicas sobre los mismos que fueran necesarias.

El municipio de Manizales apeló el fallo, y, en síntesis, argumentó que no se probó la vulneración de derechos colectivos ya que no se acreditó cuál era el riesgo que corría la comunidad con la situación que se presentaba en el sitio objeto de la demanda. Aunado a que refuta el tiempo otorgado para dar cumplimiento a la orden del juez, ya que no se puede garantizar que en 2 meses se logre la apropiación presupuestal y la realización de la obra.

Adentrándose al fondo del asunto, y sobre este medio de control, el artículo 88 de la Constitución Política dispone en su inciso primero:

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

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

El artículo 9 de la disposición citada preceptúa que *“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*; acción que, a voces del artículo citado, *“Podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”*.

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

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

En el presente caso se invocaron como vulnerados los derechos colectivos a:

Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

(...)

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

(...)

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsible técnicamente;

(...)

PARAGRAFO. *Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*

Respecto a estos derechos invocados por la demandante, el Consejo de Estado¹ ha explicado y precisado lo siguiente:

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

En relación con este derecho la Corporación ha explicado²:

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

Sobre la base de la anterior definición, en el inciso segundo de la misma norma se señaló que: “constituyen el espacio público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva, para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amoblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las

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

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

playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan, por consiguiente, zonas para el uso o el disfrute colectivo". (se resalta)

En relación con el derecho colectivo a la prevención de desastres previsibles técnicamente, el Consejo de Estado en Sala Plena - Sala Quince Especial de Decisión – en providencia del diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021) dictada dentro del proceso con radicado 66001-33-31-003-2009-00225- 01 (AP)REV explicó:

El derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente ha sido objeto de análisis por esta Corporación³ en los siguientes términos:

"[...] 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

³ Sección Primera. C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia de 18 de mayo de 2017. Radicación número: 13001-23-31-000-2011-00315-01(AP).

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.

[...]

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

53. En suma, el derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres técnicamente previsibles está íntimamente relacionado con el cumplimiento de uno de los fines del Estado (artículo 2 de la Constitución Política), consistente en "[...] servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]" en el sentido que propende por que las autoridades públicas adopten medidas, programas y proyectos de carácter preventivos que resulten necesarios y adecuados para salvaguardar, de manera efectiva, los derechos de la comunidad que resulten amenazados por previsibles desastres naturales o antrópicos.

Adentrándose en el fondo del asunto, la parte actora afirmó en la demanda que es habitante del barrio Los Nogales, y que específicamente en la carrera 33 con calle 10 C, vía alterna que conduce a la vía Panamericana, existen múltiples fracturas del pavimento, desprendimientos de loza y hundimientos causados por el paso constante de vehículos. Aunado a que se tiene presencia de árboles de gran tamaño que aduce representan peligro para los transeúntes.

Pese a las afirmaciones que se realizan en el libelo petitorio, debe destacarse que la parte actora, a juicio de esta Corporación, no desplegó una actividad probatoria tendiente a respaldar su dicho en torno a las dificultades que padece la comunidad por la situación que se presenta con la vía mencionada en la demanda y los árboles que se encuentran en el lugar, ya que las únicas pruebas que aportó fueron las respuestas que emitió Corpocaldas y el municipio de Manizales a los derechos de petición presentados ante estas entidades, especialmente para acreditar el requisito de procedibilidad.

El restante material probatorio que reposa en el cartulario se relaciona con respuestas a conceptos técnicos que fueron aportadas por el municipio de Manizales al momento de contestar la demanda; y una inspección judicial que realizó el juzgado de primera instancia al lugar de los hechos.

Y es precisamente de esa inspección judicial que este Tribunal, aunque evidencia que en la vía mencionada en la demanda, solo en un tramo específico, hay presencia de baches, desprendimiento de asfalto y fracturas del pavimento, también observa que el resto de la vía, en lo referente al asfalto, presenta buenas condiciones, sin que incluso esas imperfecciones que se ven se considera que impiden la circulación.

Además, dentro de este proceso no se conoció la cantidad de vehículos, motos, buses, transeúntes, entre otros, que se sirven de la vía y que pasan por el sector, ya que incluso en el acta de la inspección judicial se aduce que durante el lapso que duró la diligencia (30 minutos aproximadamente), solo transitaron dos motocicletas. Tampoco se conoce si la misma comunica a un colegio, hospital, o algún sitio de importancia para la colectividad; es más, se hace énfasis en que esa carretera se trata de una alterna a la vía principal en el barrio Los Nogales, con salida "más fácil" a la vía Panamericana; pues incluso esto es narrado por la demandante en el libelo petitorio, lo que denota que la comunidad no depende de esa vía como salida o entrada única a ese sector.

Y en cuanto a la presencia de árboles, y aunque en la inspección judicial se mencionó que había algunos en el sitio con mayor inclinación, se advierte que los mismos están ubicados en la ladera y no se dio a conocer de qué manera afectan a la vía, a los residentes, o los transeúntes, máxime cuando se informa en la diligencia que el municipio adelantó gestiones al respecto, y ya procedió a retirar algunos árboles.

Genera dudas entonces para esta Sala que la situación que aduce la parte actora se presenta en el sitio objeto de la demanda tenga repercusiones en la comunidad;

especialmente porque hay prueba de la posibilidad de transitar por otra vía, y las imágenes que se evidencian en el vídeo contentivo de la inspección judicial pese a que dan cuenta de una carretera que presenta en un tramo baches y problemas en el pavimento no denota una imposibilidad de circulación, especialmente porque la parte demandante no probó, bien fuera con testimonios de residentes del sector, que la vía se vuelve intransitable en algún momento, por ejemplo por las lluvias; o que la movilidad es peligrosa; o que depende única y exclusivamente de esta ruta; lo que lleva a que no pueda concluirse de manera clara las dificultades que se padecen.

Y es que debe precisarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado es clara en el sentido que la existencia de un derecho colectivo no se deduce porque varias personas estén en una misma situación; ni porque se acumulen situaciones parecidas de varios sujetos; ni porque se sumen; ya que el derecho colectivo es el que recae sobre una comunidad entera a diferencia del derecho individual que es el que recae sobre una persona determinada; por ello no deben confundirse los derechos colectivos con los individuales comunes a un grupo de personas determinadas o determinables, que parecería es lo que acaecería en este proceso.

Y la acción popular, como cualquier trámite judicial, impone el deber a la parte demandante de soportar sus afirmaciones con pruebas, que en este caso pudieron ser, por ejemplo, declaraciones de las cuales se pudieran conocer aspectos relativos a la manera en que se afecta la colectividad por la situación que se plantea con la vía; o las quejas que se presentaron con anterioridad ante las autoridades pertinentes por algún problema con los árboles del lugar.

El artículo 30 de la Ley 472 de 1998 dispone:

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

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

Así las cosas, corresponde a la parte actora la carga de acreditar los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda, y es claro que la omisión en el cumplimiento de esta trae consigo posibles consecuencias desfavorables, como una sentencia que niegue las pretensiones de la demanda.

Es de precisar que en este caso no se evidencia una justificación razonable que hubiese relevado a la parte actora del cumplimiento de la carga procesal de acreditar la vulneración o amenaza de los derechos e intereses colectivos. Y es que, frente a la carga de la prueba en acciones populares, el Consejo de Estado ha indicado⁴:

Sea lo primero manifestar que según el artículo 30 de la Ley 472, en materia de acciones populares, la carga de la prueba la tiene la parte actora, pues no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración, ya que el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

Al respecto, esta Sección ha reiterado que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado, pues tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora.

Para este Tribunal no quedó demostrada la vulneración o amenaza de los derechos colectivos invocados por la parte demandante y protegidos por el juez de primera instancia, por lo que la sentencia será revocada y modificada parcialmente, y en su lugar se negarán pretensiones frente al municipio de Manizales, ya que el Instituto de Valorización de Manizales no apeló la sentencia, por lo que la exhortación a esta entidad se mantiene.

Conclusiones

La sentencia de primera instancia será revocada en sus ordinales primero, tercero y quinto, y modificada parcialmente en su ordinal cuarto para declarar que el municipio de

⁴ Sección Primera, veintitrés (23) de enero dos mil veinte (2020) - Radicación número: 15001-23-33-000-2015-00316-01(AP)

Manizales no ha incurrido en acción u omisión que genere la vulneración o amenaza de los derechos colectivos al goce del espacio público y la prevención de desastres previsibles técnicamente invocados en la demanda, pues no se acreditó que las situaciones planteadas por la parte actora en relación con la vía y los árboles ubicados en el barrio Los Nogales generen la vulneración de algún derecho colectivo.

Costas

Acorde con lo previsto en los artículos 38⁵ de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁶, a través del cual se unificó la jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, no se condenará a este rubro toda vez que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal, y la sentencia será revocada y modificada parcialmente.

Es por lo expuesto que **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR los numerales 1, 3 y 5 de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de julio de 2023, dentro del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por **MARÍA LILIANA MANRIQUE ECHEVERRI** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y **EL INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES**. En su lugar:

DECLARAR probada la excepción planteada por el municipio de Manizales denominada “carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derecho colectivos”, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia.

⁵ “ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar”.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, según lo indicado en la parte motiva.

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 16 de noviembre de 2023 conforme acta nro. 072 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17-001-33-39-006-2022-00405-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	MÓNICA MARÍA SÁNCHEZ AGUIRRE
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 29 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el 28 de octubre de 2021, frente a petición presentada el día 28 de julio de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un 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 del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas – secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozcan y paguen 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 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas – secretaría de Educación, a que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020 en el respectivo fondo pensional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

2. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas – secretaría de Educación, a que se le reconozca y pague la indemnización, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 CPACA.

4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

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

HECHOS

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

➤ La demandante solicitó 28 de julio de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

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

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

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

Propuso las excepciones de mérito de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** resaltó que la calidad de “empleador de los docentes” que ostenta la entidad territorial, quien además tiene la actividad operativa de liquidación de cesantías, debe examinarse a la luz de las normas sobre la administración de personal docente, sumado a la obligación establecida en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, destacando que la única responsabilidad del Fondo de Prestaciones es el pago de las prestaciones sociales.

- **Consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG:** precisó que existe una diferencia relevante respecto a la liquidación del sistema de Ley 50 de 1990, toda vez que los intereses a las cesantías que paga el FOMAG al educador son aquellos desembolsos programados en cuatro nóminas anuales, proyectadas a finales de los meses de marzo, mayo, agosto y diciembre, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, reglamentado por el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales DEL Magisterio.

- **Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG:** adujo que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 menciona al empleador moroso, calidad que no ostenta el Fondo de Prestaciones; aunado a que no puede hablarse de una consignación antes del 15 de febrero, por lo que no se abre camino la consignación extemporánea.

- **Principio de inescindibilidad:** resaltó que la parte actora fuerza las normas que rigen el imperio de las cesantías de los docentes del Fondo a decir cosas que el legislador no ha contemplado.
- **Indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fondo:** hizo alusión especialmente a la sentencia SU-098 de 2018 para resaltar que no corresponde a las mismas circunstancias fácticas en las que se funda las pretensiones de la demanda.
- **Procedencia de la condena en costas en contra del demandante:** la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, pero ello no es óbice para que se exija prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley; añadiendo que se presenta la circunstancia descrita en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, ya que se deberán negar las suplicas de la demanda por lo que la parte actora es la vencida, lo que genera que deba ser condenada en costas.
- **Genérica.**

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

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

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.
- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de junio de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si tenía derecho la demandante a que se le reconociera y pagara la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como el pago de la indemnización establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975 y el Decreto 1176 de 1991; y en caso afirmativo, establecer si la responsabilidad en el pago inoportuno tanto de las cesantías como de los intereses de las mismas y las indemnizaciones y sanciones moratorias respectivas estarían a cargo del Ministerio de Educación, del departamento de Caldas o de ambas entidades; si resultaba procedente el pago indexados de las sumas reclamadas por concepto de sanción moratoria e intereses; y si era procedente el 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 efectuara el pago de la sanción.

Tras relacionar el material probatorio; el régimen especial de los docentes en materia de cesantías; la competencia para el reconocimiento y pago de las cesantías; 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; y la inexistencia de una obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual por parte del ente territorial y de la Nación – Ministerio de Educación; descendió al caso concreto y explicó que al estar la demandante afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales le era aplicable el régimen especial de cesantías previsto en la Ley 91 de 1989, en el cual no existía la obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual porque los recursos eran girados por la Nación al fondo común manejado por el FOMAG, por lo mismo, no tenía derecho al reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, como tampoco al reconocimiento de la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, pues esa posibilidad solo resultaba predicable respecto de los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Destacó que las normas cuya aplicación reclamaba la parte demandante resultaban incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes; aunado a que su

aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses estaban regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

Que además las sentencias del Consejo de Estado que se citaban como antecedente no guardaban identidad fáctica con el presente caso, pues trataban asuntos como el pago de cesantías retroactivas, omisión en la afiliación al FOMAG o sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes pertenecientes a la planta del ente territorial.

Precisó que acoger la tesis expuesta por la parte actora llevaría a que los docentes percibieran eventualmente dos tipos de sanciones, de manera concomitante; la contenida en la Ley 1071 de 2006 y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, toda vez que no era posible establecer el límite final de la sanción moratoria, tampoco era procedente la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 por no estar prevista en la normativa especial, ni hacerse remisión legal, y porque ni siquiera hizo parte del análisis de la sentencia SU-098 de 2018 extender la aplicación de dicha norma al régimen especial docente.

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 4 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 MÓNICA MARÍA SÁNCHEZ AGUIRRE.

SEGUNDO: DECLÁRENSE PROBADAS la excepción de “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

TERCERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO formuladas por la señora MÓNICA MARÍA SÁNCHEZ AGUIRRE en contra del NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS (...)

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 #21 del expediente de primera instancia.

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, solamente el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronunció sobre el recurso de apelación para argumentar, en síntesis, que la demandante se encontraba afiliada al FOMAG, y por ello el régimen legal era el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por lo que resultaba claro que no le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990 pues esta norma era exclusiva para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostentaba el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad era el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por lo anterior, consideró que era claro que no le asistía derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no eran aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deducía que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

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 por valor de \$5.134.307, e intereses a las cesantías por \$405.863, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 28 de julio 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:*

(...)

3. CESANTÍAS:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del*

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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 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 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, como quiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los

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)

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 la docente sí está afiliada 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

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)

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

*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.*

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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).

Por último, en reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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.

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.

Y en dicha providencia se fijó como regla de unificación la 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.

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la

Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan de manera 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, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, 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 desplegó actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderado en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C.G.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 29 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **MÓNICA MARÍA SÁNCHEZ AGUIRRE** 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 16 de noviembre, conforme acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-33-39-006-2022-00028-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	NELMER GÓMEZ LÓPEZ
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión del 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 3 316 DEL 08 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 DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN de

manera solidaria, le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, Equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo 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, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el 27 DE MARZO DE 2021, momento que se efectuó el pago.

3. Declarar que tengo a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS SECRETARIA DE EDUCACIÓN de manera solidaria, me reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día 28 DE FEBRERO 2022 momento que se efectuó el pago.

CONDENAS

1. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.

2. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN 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.

3. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.

4. Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).

6. Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS - SECRETARIA DE EDUCACIÓN

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.

- El 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, 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:** esgrimió que 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:** indicó que la entidad departamental siempre ha atendido en debida forma los asuntos de su competencia, por lo que se 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 el demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, concluyendo que los docentes no son beneficiarios de la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, ni de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecido en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.

Al analizar la normativa que regula el asunto bajo estudio esgrimió que conforme la Ley 91 de 1989, artículo 2 numeral 5º, las prestaciones sociales del personal docente (salarios, primas y cesantías, entre otras) son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Esto significa que dicho Fondo es el

pagador y, por ende, no se trata de un conjunto de cuentas individualizadas creadas para cada docente (artículo 5 numeral 1).

De otro lado se tiene que el Fondo es una cuenta que se nutre de recursos de la Nación, de las entidades territoriales, de la Caja Nacional de Previsión Social y del Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces; dicha cuenta se administra a través del principio presupuestal de unidad de caja (artículo 3). Y siguiendo el artículo 8 se *nutre* específicamente de los siguientes recursos:

- Un porcentaje del sueldo básico mensual del personal afiliado al Fondo, cuotas de afiliación o inscripción.
- El aporte mensual de los docentes
- El aporte mensual de los pensionados del Fondo. El porcentaje de aporte mensual de la Nación sobre los servicios personales de los docentes.
- El aporte anual de la Nación también liquidada sobre los factores salariales que forman parte del rubro de servicios personales de los docentes.
- El aporte de las entidades territoriales de recursos del IVA.
- Sumas adeudadas por prestaciones sociales de la Nación, las entidades territoriales, Cajanal y Fondo Nacional del Ahorro.
- Utilidades de inversiones que realice el Fondo.
- Otros recursos.

Ahora bien, conforme al artículo 15 numeral 3 literal b), la obligación del Fondo para las cesantías causadas a partir del 1 de enero de 1990, es reconocer y pagar 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, hoy Superintendencia Financiera, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.

Indicó que como puede advertirse, no existe norma legal que imponga la obligación de consignar cesantías, sino de realizar aportes en distintas oportunidades a cargo de distintos sujetos, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes y prestar los servicios médicos, cuando éstos y sus beneficiarios los requieran.

De hecho, varios de los recursos que corresponde aportar a los entes territoriales están disponibles en el FNPSM desde el año anterior, y son trasladados directamente por el Ministerio de Hacienda al Fondo, y otros aportes se realizan mensualmente.

En ese sentido señaló que cabe remitirse al contenido de los artículos 18 (parágrafos 2 y siguientes) y 36 de la Ley 715 de 2001, a los artículos 12 y 13 del Decreto 196 de 1995 modificados por el Decreto 2370 de 1997 y el Decreto 2019 de 2000, al Decreto 3752 de 2003 incorporado en el Decreto 1075 de 2015 y artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Siguiendo el Acuerdo nro. 39 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante el cual se estableció el procedimiento para el reconocimiento y pago de intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo del Magisterio, con régimen de cesantías anual y el manual operativo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, las cesantías se liquidan año por año (con anualidad) por cada entidad territorial; dicha liquidación, es remitida al fondo para efectos del pago de los respectivos intereses a las cesantías de acuerdo con la DTF certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Dicho reporte de cesantías corresponde a los docentes activos y retirados y se liquida a través del sistema Humano (plataforma electrónica dispuesta por el FNPSM en cumplimiento de las obligaciones del contrato de fiducia), y para el caso del reporte de las cesantías del año 2020 se estableció como fecha de límite el 5 de febrero de 2021. En cuanto al pago de estos intereses, el Fondo realiza un depósito en las cuentas bancarias docentes, y conforme el artículo 4 del Acuerdo 39 de 1998 dicho pago se realiza en el mes de marzo de cada año siguiente, para los reportes recibidos oportunamente a 5 de febrero, o en el mes de mayo, para los reportes recibidos hasta el 15 de marzo, y para reportes posteriores se hará programación posterior de pago.

De las anteriores normas referenciadas, no se advierte la existencia de obligación de las secretarías de educación territoriales ni de la Nación de consignar el valor de las cesantías de cada uno de los docentes, como sí se regula en el régimen de cesantías anualizado de la Ley 50 de 1990.

El régimen de cesantías anualizado creado por la Ley 50 de 1990, regulado en los artículos 98 y 99, a diferencia del régimen especial docente, se caracteriza porque cada año a 31 de diciembre se realiza una liquidación definitiva de las cesantías por año, valor que se consigna en el año siguiente antes del 15 de febrero, en una cuenta individual a nombre

del trabajador en el fondo de cesantías que éste elija, y la no consignación tiene como consecuencia jurídica a cargo del empleador, el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo.

Así mismo, es de cargo del empleador cancelar al trabajador intereses legales del 12% anual o proporcional por fracción sobre la cesantía definitiva liquidada cada año. La Ley 50 de 1990, no contempla sanción alguna por mora en el pago de dichos intereses, sin embargo, se acude al artículo 1 de la Ley 52 de 1975, el cual en su numeral segundo prevé que los intereses deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha de retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año, so pena de cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados (numeral 3).

Como puede colegirse, el régimen de cesantías de los docentes dista de dichas regulaciones previstas para los trabajadores privados y a partir de la Ley 344 de 1996 para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva de régimen general.

Entre sus diferencias, se destaca que las cesantías en el régimen de anualidad de los docentes, no se liquidan de forma definitiva, sino mediante un acumulado, año a año. Dicha liquidación se reporta por parte del ente territorial al 5 de febrero de cada año al FNPSM a través de una plataforma informática.

Así mismo, las cesantías las paga la Nación a través de la cuenta especial del FNPSM, la cual no se administra mediante cuentas individualizadas. Y en cuanto a los intereses, estos se liquidan y reportan a 5 de febrero de cada año, y se calculan sobre la suma acumulada de todas las cesantías liquidadas año a año, y se pagan en el mes de marzo de cada año.

Finalmente, la sanción e indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 1º de la Ley 52 de 1975, respectivamente, no resultan compatibles con el régimen especial de cesantías de los docentes, porque dichas normas aplican para los trabajadores del sector privado y porque la incorporación que se realiza del régimen de cesantías anualizado para los servidores públicos con la Ley 344 de 1996 en su artículo 13, expresamente excluye el régimen especial de los docentes de la Ley 91 de 1989.

Así las cosas, 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 **NELMER GÓMEZ LÓPEZ** en contra del **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL 3 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 **LUZ KARIME RICAURTE CHAKER**, identificada con C.C. No. 1.066.747.181 T.P. No. 315.521 del C.S. de la J, para actuar en representación de la **NACIÓN 3 MINISTERIO DE EDUCACIÓN (FOMAG)**, conforme con el poder y la sustitución al mismo obrante en el PDF 042 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 nro.16 del expediente digital de primera instancia.

Comenzó por referenciar 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.

Además de recalcar que, en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que, el juzgado 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; sumado a ello indicó 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, señaló 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.

Aclaró que, hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 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 están basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional respecto 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, 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. Refiriéndose al caso concreto, señaló que quedó demostrado que a la parte actora 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 con 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”.

Finalmente concluyó que, la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar se debe acceder a las pretensiones incoadas, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, sumado a que 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. 29, 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 solicitó se confirme el fallo de primera instancia mediante el cual se niegan las pretensiones de la parte 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 el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5,258,256 e intereses a las cesantías por \$825,506, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 01 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 el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

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

Marco normativo

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

ARTÍCULO 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con

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

(...)

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 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

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

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 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 aplique 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, como quiera 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.» (Negrillas fuera de texto).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis que, la 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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 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."*

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%.

En reciente jurisprudencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023 el Consejo de Estado¹¹ 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.

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

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.

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.

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.

Conclusión

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, 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 parte 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

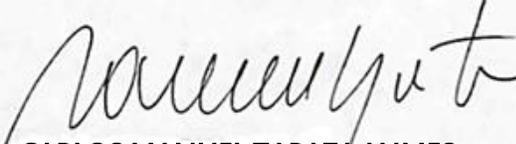
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **NELMER GÓMEZ LÓPEZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES 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 16 de noviembre de 2023 conforme acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17-001-33-39-006-2022-00277-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JORGE ALEXANDER CASTRO MUÑOZ
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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 24 de noviembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un 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 del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial secretaría de Educación del 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 por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial secretaría del departamento de Caldas a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 CPACA.
4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

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

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, 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.

➤ El demandante solicitó el 24 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros 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:** frente a su competencia, indicó que siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

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

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

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

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

Resaltó que el Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de

1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Propuso las excepciones de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** aseveró que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez que dicho fenómeno procedimental se configura, al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A, cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular la administración no ha notificado decisión alguna al respecto, y en el presente caso, la entidad demandada mediante Oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica

- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de junio de 2023 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si la sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, era aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989; si había lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondiente al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes del 15 de febrero de 2021; y si resultaba procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975.

Analizó el régimen de cesantías e intereses a las cesantías docente; la sanción por no consignación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por pago

extemporáneo de intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975; y la posición jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción por consignación extemporánea de cesantías a docentes.

Descendió al caso concreto, y afirmó que el actor era docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2004, por lo que se vinculación con posterioridad al 1 de enero de 1990 le daba derecho a que anualmente se liquidaran sus cesantías y se le reconocieran y pagaran intereses anuales sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resultara de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, hubiera sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que el demandante no se encontraba afiliado a un fondo privado de cesantías, y que el Fondo de Prestaciones era quien pagaba las cesantías y sus intereses a los docentes, sin consignación, ya que este actúa como responsable de las prestaciones económicas sin intermediación alguna, y el ente territorial emite el acto administrativo.

Añadió que el procedimiento de reconocimiento de cesantías e intereses está regulado en la Ley 91 de 1989 y en el Acuerdo 39 de 1998, y en ninguna de las disposiciones aplicables al régimen de cesantías docentes se consagró la existencia de una obligación de consignación en una cuenta individual. Al contrario, que conforme se expuso en el marco jurídico, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administra con base en el principio de unidad de caja y existían 3 subcuentas independientes. Una de ellas destinada a cesantías, sin cuentas individuales de los docentes.

Precisó que los supuestos de aplicación de la sanción por no consignación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 eran específicos y suponían tanto la afiliación a un fondo privado de cesantías, como la obligación de consignación, los cuales eran incompatibles con el régimen de cesantías de los docentes; y que una interpretación diferente significaría no solo la aplicación extensiva de una norma no aplicable, sino la modificación de los supuestos en que procede la aplicación de la sanción.

Resaltó que no procede la aplicación del principio de favorabilidad porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferir aquella más beneficiosa; y porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

Finalmente, adujo que no era aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con este caso, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la excepción de “inexistencia de la obligación” propuesta por las entidades demandadas, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró el señor JORGE ALBERTO CASTRO QUIRÓZ en contra de la NACIÓN –MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENAS EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado (...).

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 #26 del expediente de primera instancia.

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada

por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones

sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

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

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

Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, solamente el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronunció sobre el recurso de apelación para argumentar, en síntesis, que el demandante se encontraba afiliado al FOMAG, y por ello el régimen legal era el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por lo que resultaba claro que no le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990 pues esta norma era exclusiva para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostentaba el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad era el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por lo anterior, consideró que era claro que no le asistía derecho al demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no eran aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deducía que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

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

Lo probado

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.263.172 e intereses a las cesantías por \$737.982, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- Se solicitó el 24 de agosto de 2021 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.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO

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

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

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se

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, como quiera 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	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000

- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840

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).

Por último, en reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990:

2.4.4. Regla jurisprudencial

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 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.

Y en dicha providencia se fijó como regla de unificación la 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.

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 el demandante es docente afiliado 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 de manera 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

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, 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 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 la 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.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 del actor, 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 30 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **JORGE ALEXANDER CASTRO QUIROZ** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

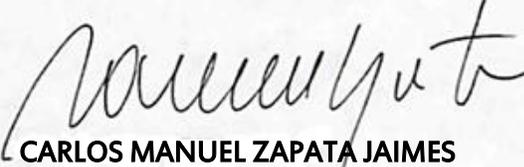
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a

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 16 de noviembre de 2023, conforme acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-39-007-2022-00026-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	EDWIN GILBERTO CARDONA ARISTIZÁBAL
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 Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el día 23 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo NOM-219 del 8 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un 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 del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías.

2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas – secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozcan y paguen 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 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, contados desde el 1 de enero del año 2021 fecha que debió consignarse mis intereses a las cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el 27 de marzo de 2021, momento que se efectuó el pago.

3. Declarar que el actor tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas – secretaría de Educación de manera solidaria le reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de mi salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, día que debió consignarse el valor de mis cesantías que corresponden a la anualidad del año 2020, hasta el día 28 de febrero de 2022 momento que se efectuó el pago.

Condenas:

1. Condenar a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial 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.

2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 CPACA.

4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

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

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, 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.

➤ El demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

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

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

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

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

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

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

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

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

Planteó como excepciones previas de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** advirtió que el acto ficto demandado es inexistente, toda vez que dicho fenómeno procedimental se configura al tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del C.C.A., cuando transcurridos tres meses luego de elevada una solicitud en interés particular, la administración no ha notificado decisión alguna al respecto. En el caso objeto de análisis, la demandada mediante oficio del día 2 de agosto de 2005 dio respuesta negativa a la solicitud elevada el día 1° del mismo mes y año, hecho que a todas luces demuestra que no se configuró tal ficción jurídica, ni mucho menos predica la existencia de un acto de insubsistencia o de desvinculación implícito o tácito.
- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.
- **Condena en costas:** indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia; por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA el libelo petitorio carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 23 de junio de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si el demandante como docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio tenía derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la presunta consignación tardía de sus cesantías del año 2020; y si resultaba procedente el reconocimiento y pago de 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, que fueron canceladas después del 31 de enero de 2021; y si le asistía responsabilidad a la entidad territorial de

concurrir al pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías y el pago tardío de los intereses de cesantías.

En primer momento analizó el régimen de cesantías anualizadas del sector privado y público y el régimen especial prestacional docente, del cual concluyó que el fondo administrador de las cesantías de los docentes es el FOMAG, cuya naturaleza jurídica está prevista en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, a diferencia de los fondos administradores de cesantías. Que respecto a la liquidación y manejo de cesantías, en la Ley 50 de 1990 se previó la liquidación definitiva a 31 de diciembre y su consignación antes del 15 de febrero del año siguiente, diferente a la administración de los recursos que tiene a su cargo el FOMAG, por cuanto estos provienen del Sistema General de Participaciones para educación, los cuales se descuentan directamente de los rubros que se distribuyen anualmente para la prestación del servicio. Y, finalmente, que frente a los intereses de las cesantías que establece el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, los afiliados al FOMAG reciben un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera, y esto último resulta más beneficioso.

Seguidamente, descendió al caso concreto y adujo que el demandante se encontraba cobijado por el régimen especial de cesantías contenido en la Ley 91 de 1989, regulado por el Acuerdo 039 de 1998 del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que excluía que pudiera reclamar el reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, y la indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, por ser un régimen diferente, aplicable a los empleados públicos afiliados a fondos de cesantías privados o al Fondo Nacional del Ahorro, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Destacó que los procedimientos y reconocimientos de cada régimen resultaban sustancialmente diferentes, por lo que no era plausible equiparar uno con el otro, como quiera que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio es administrado a través del principio presupuestal de unidad de caja, la cual está conformada por los aportes efectuados por la Nación y las entidades territoriales, en diferentes oportunidades, para que el Fondo permanentemente cuente con recursos para realizar el pago de las prestaciones sociales de los docentes, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías; mientras que el régimen regulado por la Ley 50 de 1990 se administra mediante cuentas

individualizadas asignadas a cada empleado en un fondo privado e independiente al Fondo Nacional de Ahorro, a elección del empleado.

Por lo anterior, negó las pretensiones de la demanda.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones “inexistencia de la obligación” formulada por la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO e “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por aludido en precedencia, lo que releva al juzgado de efectuar el estudio de los demás medios exceptivos ante la prosperidad de los primeros.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO instauró el señor EDWIN GILBERTO CARDONA ARITIZABAL en contra de LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN -FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, por lo brevemente expuesto.

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 #30 del expediente de primera instancia.

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

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

➤ El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 por valor de \$3.990.807, e intereses a las cesantías por \$905.512, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.

- El 1 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-219 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por el demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Primer problema jurídico

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

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

Marco normativo

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

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

4. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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).

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

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

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”.

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, como quiera 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.

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

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)

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.» (Negrillas fuera de texto).

Por último, en reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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.

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:

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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.

Y en dicha providencia se fijó como regla de unificación la 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.

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 el demandante es docente afiliado 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 de manera 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

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, 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 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, no se condenará en costas ya que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

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

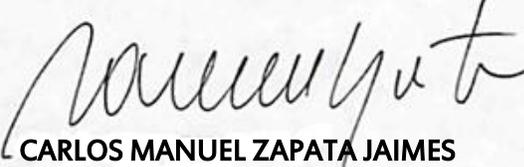
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 23 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **EDWIN GILBERTO CARDONA ARISTIZÁBAL** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 16 de noviembre de 2023, conforme acta nro. 072 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17-001-33-39-008-2022-00186-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ JANETH SOLARTE GARCÍA
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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 4 de noviembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un 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 del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial secretaría de Educación del 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 por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial secretaría del departamento de Caldas a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la entidad territorial de la secretaría del departamento de Caldas que le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 CPACA.
4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

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

HECHOS

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

➤ La demandante solicitó el 2 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

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

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

Planteó la excepción previa de caducidad argumentando que en este caso no se configuró un acto ficto sino que la entidad dio respuesta a la petición de la actora el 27 de septiembre de 2021, es decir, se tenía hasta el 20 de febrero de 2022 para interponer el presente medio de control; sin embargo, según la información que se evidencia en el aplicativo SAMAI, la demanda se radicó el 29 de julio de 2022, lo que significa que se presentó fuera del término establecido en la ley.

Propuso las excepciones de mérito de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** resaltó que la calidad de “empleador de los docentes” que ostenta la entidad territorial, quien además tiene la actividad operativa de liquidación de cesantías, debe examinarse a la luz de las normas sobre la administración de personal docente, sumado a la obligación establecida en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, destacando que la única responsabilidad del Fondo de Prestaciones es el pago de las prestaciones sociales.
- **Consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN-FOMAG:** precisó que existe una diferencia relevante respecto a la

liquidación del sistema de Ley 50 de 1990, toda vez que los intereses a las cesantías que paga el FOMAG al educador son aquellos desembolsos programados en cuatro nóminas anuales, proyectadas a finales de los meses de marzo, mayo, agosto y diciembre, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, reglamentado por el Acuerdo 39 de 1998 expedido por el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales DEL Magisterio.

- **Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG:** adujo que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 menciona al empleador moroso, calidad que no ostenta el Fondo de Prestaciones; aunado a que no puede hablarse de una consignación antes del 15 de febrero, por lo que no se abre camino la consignación extemporánea.

- **Principio de inescindibilidad:** resaltó que la parte actora fuerza las normas que rigen el imperio de las cesantías de los docentes del Fondo a decir cosas que el legislador no ha contemplado.

- **Indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del Fondo:** hizo alusión especialmente a la sentencia SU-098 de 2018 para resaltar que no corresponde a las mismas circunstancias fácticas en las que se funda las pretensiones de la demanda.

- **Procedencia de la condena en costas en contra del demandante:** la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, pero ello no es óbice para que se exija prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley; añadiendo que se presenta la circunstancia descrita en el numeral 1 del artículo 365 del CGP, ya que se deberán negar las suplicas de la demanda por lo que la parte actora es la vencida, lo que genera que deba ser condenada en costas.

- **Genérica.**

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:** frente a su competencia, indicó que 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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de junio de 2023 negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si se configuraba la caducidad del medio de control; si la sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, era aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes contenido en la Ley 91 de 1989; y si había lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondiente al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes del 15 de febrero de 2021; y si resultaba procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975.

Comenzó por revisar el material probatorio, y procedió a resolver la excepción de caducidad frente a la cual concluyó que no se había configurado teniendo en cuenta que, aunque el Fondo había allegado al momento de contestar la demanda el oficio 202101722604901 del 27 de septiembre de 2021, no aportó la constancia de notificación, por lo que para todos los efectos legales se entendía que se configuró el silencio administrativo.

Seguidamente analizó el régimen de cesantías e intereses a las cesantías docente; la sanción por no consignación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por pago extemporáneo de intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975; y la posición jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción por consignación extemporánea de cesantías a docentes.

Descendió al caso concreto, y afirmó que la actora era docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2007, por lo que se vinculación con posterioridad al 1 de enero de 1990 le daba derecho a que anualmente se liquidaran sus cesantías y se le reconocieran y pagaran intereses anuales sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resultara de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, hubiera sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la parte demandante no se encontraba afiliada a un fondo privado de cesantías, y que el Fondo de Prestaciones era quien pagaba las cesantías y sus intereses a los docentes, sin consignación, ya que este actúa como responsable de las prestaciones económicas sin intermediación alguna, y el ente territorial emite el acto administrativo.

Añadió que el procedimiento de reconocimiento de cesantías e intereses está regulado en la Ley 91 de 1989 y en el Acuerdo 39 de 1998, y en ninguna de las disposiciones aplicables al régimen de cesantías docentes se consagró la existencia de una obligación de consignación en una cuenta individual. Al contrario, que conforme se expuso en el marco jurídico, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administra con base en el principio de unidad de caja y existían 3 subcuentas independientes. Una de ellas destinada a cesantías, sin cuentas individuales de los docentes.

Precisó que los supuestos de aplicación de la sanción por no consignación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 eran específicos y suponían tanto la afiliación a un fondo privado de cesantías, como la obligación de consignación, los cuales eran incompatibles con el régimen de cesantías de los docentes; y que una interpretación diferente significaría no solo la aplicación extensiva de una norma no aplicable, sino la modificación de los supuestos en que procede la aplicación de la sanción.

Resaltó que no procede la aplicación del principio de favorabilidad porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferir aquella más beneficiosa; y porque se vulneraría el

principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

Finalmente, adujo que no era aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con este caso, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de "caducidad", propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADAS las excepciones denominadas "imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG" e "inexistencia de la obligación", propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas, respectivamente.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora LUZ JANETH SOLARTE GARCÍA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.
CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado (...).

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 #24 del expediente de primera instancia.

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

consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente

realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

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

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

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

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

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la*

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

- La demandante es docente 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 \$4.214.457 e intereses a las cesantías por \$593.751, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.

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

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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”.

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, como quiera 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.

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

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)

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

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).

Por último, en reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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.

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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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.

Y en dicha providencia se fijó como regla de unificación la 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.

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan de manera 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, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas ya que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

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 30 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ JANETH SOLARTE GARCÍA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 16 de noviembre de 2023, conforme acta nro. 072 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

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

RADICADO	17-001-33-39-008-2022-00196-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ERIKA ANDREA LÓPEZ TORO
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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 24 de noviembre de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un 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 del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial secretaría de Educación del 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 por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial secretaría del departamento de Caldas a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.

3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 CPACA.

4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

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

HECHOS

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

➤ La demandante solicitó el 24 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

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

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

Propuso las excepciones de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** destacó que no se demostró dentro del plenario la existencia del acto administrativo ficto o presunto.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** precisó que la calidad de empleador la ostenta el ente territorial quien es el obligado a realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías; añadiendo que esa calidad de empleador no se comparte con el Fondo de Prestaciones Sociales, que es una cuenta especial de la Nación.
- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** insistió que lo que se persigue como reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99, es completamente improcedente debido no solo a que no es posible la generación por el descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al Fondo de Prestaciones y que corresponden al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista "consignación" por parte del empleador "entidad territorial", por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es

realizar la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” que ya se encuentran en las reservas del Fondo.

Añadió que la demandante se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fondo de Prestaciones al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los educadores.

- **Prescripción:** referenció la línea sobres esta materia según sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, que fijó las reglas jurisprudenciales.

- **Caducidad:** solicitó realizar el estudio de la caducidad para verificar que no se haya configurado la misma.

- **Procedencia de la condena en costas en contra del demandante:** resaltó que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia, lo que al tenor del artículo 188 del CPACA denota la falta de fundamento legal de la demanda.

- **Genérica.**

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:** frente a su competencia, indicó que 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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de junio de 2023 negó pretensiones, tras plantearse como problemas jurídicos determinar si se configuraba la caducidad del medio de control; si la sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, era aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes; si había lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondiente al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes del 15 de febrero de 2021; y si resultaba procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975.

Comenzó por revisar el material probatorio, y procedió a resolver la caducidad del medio de control, frente a lo cual concluyó que no se había configurado teniendo en cuenta que la entidad no emitió respuesta frente a la petición presentada por la parte actora el 24 de noviembre de 2021.

Seguidamente analizó el régimen de cesantías e intereses a las cesantías docente; la sanción por no consignación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por pago extemporáneo de intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975; y la posición jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción por consignación extemporánea de cesantías a docentes.

Descendió al caso concreto, y afirmó que la actora era docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2015, por lo que se vinculación con posterioridad al 1 de enero de 1990 le daba derecho a que anualmente se liquidaran sus cesantías y se le reconocieran y pagaran intereses anuales sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resultara de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, hubiera sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la parte demandante no se encontraba afiliada a un fondo privado de cesantías, y que el Fondo de Prestaciones era quien pagaba las cesantías y sus intereses a los docentes, sin consignación, ya que este actúa como responsable de las prestaciones económicas sin intermediación alguna, y el ente territorial emite el acto administrativo.

Añadió que el procedimiento de reconocimiento de cesantías e intereses está regulado en la Ley 91 de 1989 y en el Acuerdo 39 de 1998, y en ninguna de las disposiciones aplicables al régimen de cesantías docentes se consagró la existencia de una obligación de consignación en una cuenta individual. Al contrario, que conforme se expuso en el marco jurídico, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administra con base en el principio de unidad de caja y existían 3 subcuentas independientes. Una de ellas destinada a cesantías, sin cuentas individuales de los docentes.

Precisó que los supuestos de aplicación de la sanción por no consignación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 eran específicos y suponían tanto la afiliación a un fondo privado de cesantías, como la obligación de consignación, los cuales eran incompatibles con el régimen de cesantías de los docentes; y que una interpretación diferente significaría no solo la aplicación extensiva de una norma no aplicable, sino la modificación de los supuestos en que procede la aplicación de la sanción.

Resaltó que no procede la aplicación del principio de favorabilidad porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferir aquella más beneficiosa; y porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

Finalmente, adujo que no era aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con este caso, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con

el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de "caducidad", propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la excepción de "inexistencia de la obligación" propuesta por las entidades demandadas, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora ERIKA ANDREA LÓPEZ TORO en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado (...)

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 #24 del expediente de primera instancia.

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

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

prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones

sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

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

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

Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, solamente el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronunció sobre el recurso de apelación para argumentar, en síntesis, que el demandante se encontraba afiliado al FOMAG, y por ello el régimen legal era el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por lo que resultaba claro que no le eran aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990 pues esta norma era exclusiva para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostentaba el FOMAG al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad era el pago de las prestaciones sociales de los docentes.

Por lo anterior, consideró que era claro que no le asistía derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de las cesantías, así como tampoco al pago de indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que las disposiciones de la Ley 50 de 1990 no eran aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y en cualquier caso al efectuar el estudio conforme a lo contemplado en la Ley 91 de 1989, se deducía que el pago se efectuó conforme a lo señalado en la ley.

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 \$4.479.796 e intereses a las cesantías por \$383.559, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- Se solicitó el 24 de agosto de 2021 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.

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

Marco normativo

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

ARTÍCULO 15. *A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con*

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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 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 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

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".

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, como quiera 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.

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

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)

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

*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).

Por último, en reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990:

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.

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.

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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.

Y en dicha providencia se fijó como regla de unificación la 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.

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

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan de manera 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, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, 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.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 del actor, 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 30 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ERIKA ANDREA LÓPEZ TORO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

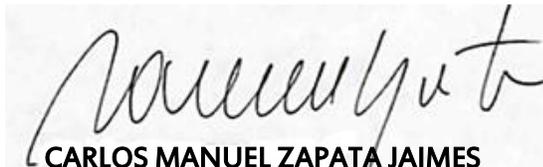
SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – 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 16 de noviembre de 2023, conforme

acta nro. 072 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de
noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-33-39-008-2022-00199-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUZ MARINA MUÑOZ OROZCO
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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el día 30 de junio de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto configurado el día 24 de noviembre de 2021, frente a petición presentada el 24 de agosto de 2021, mediante el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, equivalente a un 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 del año 2020; y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial secretaría de Educación del 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 por el pago tardío de los intereses a las cesantías,

que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial secretaría de Educación del departamento de Caldas a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.

3. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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 CPACA.

4. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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, artículo 192 del CPACA.

5. Que se ordene a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial de la secretaría 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.

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

HECHOS

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

enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.

➤ La demandante solicitó el 24 de agosto de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, adujo que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

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

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

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

Propuso las excepciones de:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** destacó que no se demostró dentro del plenario la existencia del acto administrativo ficto o presunto.
- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** precisó que la calidad de empleador la ostenta el ente territorial quien es el obligado a realizar la actividad operativa de liquidación de las cesantías; añadiendo que esa calidad de empleador no se comparte con el Fondo de Prestaciones Sociales, que es una cuenta especial de la Nación.
- **Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido:** insistió que lo que se persigue como reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 artículo 99, es completamente improcedente debido no solo a que no es posible la generación por el descuento mensual de los recursos de las entidades territoriales con destino al Fondo de Prestaciones y que corresponden al valor de las prestaciones de los docentes incluidas las cesantías sin que exista "consignación" por parte del empleador

“entidad territorial”, por el contrario la obligación de los empleadores en este sentido es realizar la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” que ya se encuentran en las reservas del Fondo.

Añadió que la demandante se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por tanto el régimen legal aplicable no es otro que el dispuesto en la Ley 91 de 1989, por consiguiente, resulta claro que no le son aplicables las disposiciones contenidas en la Ley 50 de 1990, pues como se esbozó en precedencia, este es exclusivo para las sociedades administradoras de fondos de cesantías, calidad que no ostenta el Fondo de Prestaciones al tratarse de un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones sociales de los educadores.

- **Prescripción:** referenció la línea sobre esta materia según sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020, que fijó las reglas jurisprudenciales.

- **Caducidad:** solicitó realizar el estudio de la caducidad para verificar que no se haya configurado la misma.

- **Procedencia de la condena en costas en contra del demandante:** resaltó que el Ministerio de Educación Nacional ha atendido más de 45.000 solicitudes de conciliación extrajudicial en donde, bajo los mismos supuestos de hecho y de derecho, se pretende la indemnización que nos trae a esta demanda y de la que ampliamente se ha expuesto su improcedencia, lo que al tenor del artículo 188 del CPACA denota la falta de fundamento legal de la demanda.

- **Genérica.**

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:** frente a su competencia, indicó que 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 Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 30 de junio de 2023 negó pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si se configuraba la caducidad del medio de control; si la sanción por consignación extemporánea de cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, era aplicable al régimen prestacional de cesantías de los docentes; si había lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria cuando la entidad obligada no consignó las cesantías de la parte demandante correspondiente al año 2020, en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales antes del 15 de febrero de 2021; y si resultaba procedente ordenar el pago de la indemnización por el pago extemporáneo de los intereses a las cesantías conforme a lo dispuesto en el Decreto 1176 de 1991, en concordancia con la Ley 52 de 1975.

Comenzó por revisar el material probatorio, y procedió a resolver la caducidad, tema frente al cual concluyó que no se había configurado teniendo en cuenta que la entidad no emitió respuesta frente a la petición presentada por la parte actora el 24 de agosto de 2021.

Seguidamente, analizó el régimen de cesantías e intereses a las cesantías docente; la sanción por no consignación establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990; la indemnización por pago extemporáneo de intereses a las cesantías de la Ley 52 de 1975; y la posición jurisprudencial en torno a la aplicación de la sanción por consignación extemporánea de cesantías a docentes.

Descendió al caso concreto, y afirmó que la actora era docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el año 2004, por lo que su vinculación con

posterioridad al 1 de enero de 1990 le daba derecho a que anualmente se liquidaran sus cesantías y se le reconocieran y pagaran intereses anuales sobre el saldo de las cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resultara de aplicar la tasa de interés que, de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, hubiera sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo periodo.

Que la parte demandante no se encontraba afiliada a un fondo privado de cesantías, y que el Fondo de Prestaciones era quien pagaba las cesantías y sus intereses a los docentes, sin consignación, ya que este actúa como responsable de las prestaciones económicas sin intermediación alguna, y el ente territorial emite el acto administrativo.

Añadió que el procedimiento de reconocimiento de cesantías e intereses está regulado en la Ley 91 de 1989 y en el Acuerdo 39 de 1998, y en ninguna de las disposiciones aplicables al régimen de cesantías docentes se consagró la existencia de una obligación de consignación en una cuenta individual. Al contrario, que conforme se expuso en el marco jurídico, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se administra con base en el principio de unidad de caja y existían 3 subcuentas independientes. Una de ellas destinada a cesantías, sin cuentas individuales de los docentes.

Precisó que los supuestos de aplicación de la sanción por no consignación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 eran específicos y suponían tanto la afiliación a un fondo privado de cesantías, como la obligación de consignación, los cuales eran incompatibles con el régimen de cesantías de los docentes; y que una interpretación diferente significaría no solo la aplicación extensiva de una norma no aplicable, sino la modificación de los supuestos en que procede la aplicación de la sanción.

Resaltó que no procede la aplicación del principio de favorabilidad porque no existen 2 disposiciones aplicables para preferir aquella más beneficiosa; y porque se vulneraría el principio de inescindibilidad de régimen, dado que se estarían aplicando disposiciones de una y otra normativa.

Finalmente, adujo que no era aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con este caso, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la excepción de "caducidad" propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG-.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la excepción de "inexistencia de la obligación" propuesta por las entidades demandadas, conforme a lo dicho en la parte considerativa.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instauró la señora LUZ MARINA MUÑOZ OROZCO en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

CUARTO: SIN CONDENAS EN COSTAS a la parte demandante, conforme a lo considerado (...).

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 #24 del expediente de primera instancia.

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

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

públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

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

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

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

Lo probado

- La demandante es docente 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 \$6.509.256 e intereses a las cesantías por \$976.164, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- Se solicitó el 24 de agosto de 2021 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:*

(...)

3. CESANTÍAS:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del*

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

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

El Decreto 3752 de 2003², por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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 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 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, como quiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los

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)

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.

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

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)

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

*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.*

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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).

Por último, en reciente sentencia de unificación de fecha 11 de octubre de 2023, radicado 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 Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio es incompatible con lo prescrito en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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.

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.

Y en dicha providencia se fijó como regla de unificación la 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.

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la

Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan de manera 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, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas ya que no hubo actuación de las partes ante este Tribunal.

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

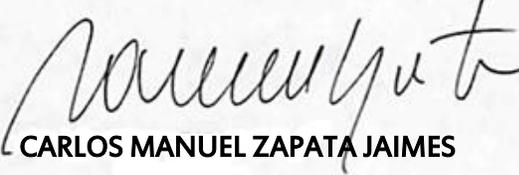
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 30 de junio de 2023 emitida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LUZ MARINA MUÑOZ OROZCO** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: SIN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 16 de noviembre de 2023, conforme acta nro. 072 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente

FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado
Ausente con permiso


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico nro. 205 del 20 de noviembre de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala Sexta Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, diecisiete (17) de noviembre del dos mil veintitrés (2023).

Auto S. 210

Medio de control: Popular (Protección de los derechos e intereses Colectivos)
Radicado: 170012333002023-00088-00
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Demandados: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia TIC – Servicio de Emisoras Comunitarias de Neira – Palestina y Chinchiná - Caldas

Antecedentes

El 10 de octubre de 2023, en la audiencia de pacto de cumplimiento se ordenó decretar las pruebas solicitadas por las partes, y las pruebas de oficio por el despacho.

Dentro de las pruebas de oficio solicitadas se requirió al Ministerio de las TIC, para que allegara copia de los expedientes digitales de códigos 2933419653077 adelantados contra la Asociación de Comunicación Juventud Stereo, Junta de Acción Comunal del Barrio el Mirador II Etapa, Asociación Angular Comunitaria Pro-Desarrollo del Eje Cafetero y Certificación de las investigaciones del estado actual de dichos procesos.

Revisado el expediente se encuentra que el Ministerio de la TIC, allegó los links de la información solicitada, pero al tratar de ingresar a estos muestran el siguiente mensaje:



Teniendo en cuenta que no es posible acceder a la información solicitada, ya que los links enviados no permiten su ingreso. Se ordenará al Ministerio de la TIC, que en el término de cinco (05) días, proceda allegar toda la información requerida en archivos escaneados que permitan subirse al expediente digital de manera independiente.

Por lo brevemente expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: REQUERIR al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia TIC, para que en el término de cinco (5) días, proceda allegar toda la información requerida en archivos escaneados que permitan subirse al expediente digital de manera independiente.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE la providencia conforme lo prevé el artículo 201 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No.

FECHA:20/11/2023

Secretario