

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

José Nicolas Castaño García
Conjuez Ponente

S. 224

Asunto:	Sentencia
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2016-00174-05
Demandante:	Edna Lucena Ruíz García.
Demandados:	Nación – Fiscalía General de la Nación.

Manizales, veinte (20) 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 **EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA**, en contra de la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, 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.

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:

Presentación de la demanda el día 1 de Agosto de 2016, devolución del proceso por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, al aceptar el impedimento presentado por el señor Juez Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 7 de Diciembre de 2016, Auto de estese a lo dispuesto y se ordenó admitir la demanda por parte del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, el día 15 de Diciembre de 2016.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Edna Lucena Ruíz García Vs Nación – Fiscalía General de la Nación.
Radicado: 17001-33-39-006-2016-00174-05

El día 24 de Julio de 2017, el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Manizales, corrió el traslado de las excepciones formuladas.

A través de auto del día 2 de Febrero de 2018, se convocó a las partes para realizar audiencia inicial. Acta de Audiencia Inicial con fallo del día 17 de Abril de 2018.

Mediante auto del día 30 de Enero de 2019, por el Juzgado, se dio traslado a las partes para alegatos de conclusión. La sentencia definitiva se dio el día 31 de julio de 2019

En audiencia del día 13 de Diciembre de 2019, se concedió el recurso de apelación.

Mediante auto del día 2 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 Edna Lucena Ruíz García, para el abogado Juan Guillermo Ocampo González (folio 13 C1), escrito de la demanda (fl. 1-12 C1), pruebas allegadas con la demanda (fls. 14 a 37 C1), contestación de la demanda y actuación administrativa.

4. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

4.1. Demandante.

4.1.1. En la demanda:

Copia del Derecho de petición formulada del día 31 de Diciembre de 2015 (folios 18 a 21); Copia del Oficio DS-16-12-000080 del 18 de Enero de 2016, por medio del cual se resuelve un derecho de Petición (folios 22 a 23 C1); Copia del recurso de apelación formulado (folios 24 a 31 C1); Copia de la Resolución No 2-0839 del día 4 de abril de 2015, "por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación" (folios 29 a 32 C1).

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 **EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA**, instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

6. DECLARACIONES Y CONDENAS

6.1 Declaraciones.

- Se declare la nulidad de la Resolución Nro. DS.16-12-000080, suscrita el día 18 de enero de 2016, por medio de la cual se da "Respuesta a un Derecho de Petición"., y de la Resolución Nro. 2-0839, suscrito el día 04 de abril de 2016, "Por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación", la cual fue notificada el día 08 de abril de 2016.
- Y como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de restablecimiento del derecho, condene a la NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SUBDIRECCIÓN DE APOYO A LA GESTIÓN a: 1.- Que se reconozca y pague a (el) (la) señor (a) EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional desde el momento de su creación', con incidencia en la prima de servicios, prima de productividad, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicio prestado y demás emolumentos prestacionales que por Constitución y Ley corresponden a los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, por tal motivo, deberá incluirse en nómina y reliquidarse teniendo en cuenta como base de liquidación la "bonificación judicial" a pagar mensualmente y la bonificación por servicio prestado, por ende, se deberá tener como base la totalidad del salario sin ningún tipo de deducción desde el momento de su origen.
- Que una vez acceda al reconocimiento de la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional, deberá reliquidarse la bonificación por servicio prestado teniendo en cuenta que esta constituyen el treinta y cinco por ciento (35%) del sueldo básico mensual, y teniendo en cuenta que el hecho generador del precepto jurídico citado es la nivelación salarial constituyéndose en un

mismo factor salarial, es decir, un sólo valor conjunto de la asignación básica mensual.

- Que se deberá seguir liquidando a su mandante la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013, teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y como también todos los demás factores salariales y prestacionales, sin deducir o descontar dicha remuneración.
- Que se pague la indexación monetaria de la mayor diferencia de los anteriores valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir.
- Que deberá incluirse en nómina y seguir pagando la "bonificación judicial" señalada en el Decreto 382 del 6 de enero de 2013 como factor salarial y prestacional dejado de percibir por su mandante en conjunto con la asignación básica, el cual tendrá efectos directos y consustanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (prima de vacaciones, prima de productividad, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales que recibe un servidor público de la Fiscalía General de la Nación).
- Que deberá pagar la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al Fondo correspondiente seleccionado por el servidor público de la Fiscalía General de la Nación.
- Que se debe AJUSTAR dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustancias del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011 - y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

6. HECHOS

La señora EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA, ha sido servidora pública en la Fiscalía General de la Nación en los siguientes cargos y periodos: Profesional Universitaria II de la Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Manizales, desde el día 12 de julio de 2011 hasta la fecha de presentación del presente documento.

Mediante el Decreto 382 de 2013 del 06 de marzo de 2016 se creó la bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, teniendo efectos fiscales para el día 1º de enero de 2013.

De acuerdo a lo anterior y según el inciso 2º del artículo 1º y el artículo 5 del Decreto 382 de 2013, la bonificación judicial se reconoció a partir del 1º de enero de 2013 de forma mensual para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación siempre y cuando permanecieran en el servicio.

La bonificación judicial se pagará de forma mensual desde el 1º de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2018, según los valores establecidos en las

tablas establecidas en el artículo 1° del Decreto 382 de 2013, los cuales se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo al Índice de Precios al Consumidor (IPC), sin embargo no se le aplicará el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes, tal como lo establece el Parágrafo del artículo 1° del precepto jurídico mencionado. Desde el año 2014 hasta el año 2018 la bonificación judicial proyectada para dichos años tendrá un ajuste equivalente del índice de Precios al Consumidor de dos (2%) respecto de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior, sin embargo será ajustada a la diferencia que presente en los años mencionados, siempre y cuando sean diferente al dos (2%) del valor proyectado.

Para el año 2009 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 certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DAÑE-, según lo establece el inciso cuarto de parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto 382 de 2013.

En el artículo 1° de los Decreto 382 del 06 de marzo de 2013 y 022 del 09 de enero de 2014 se estableció que la bonificación judicial constituía únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud"

Los Decretos 382 del 06 de marzo de 2013 y 022 del 09 de enero de 2014, excluyeron la "bonificación judicial" para efectos de liquidación o cotización de las prestaciones sociales y las vacaciones que percibe mi mandante, toda vez que únicamente tiene efectos para el Sistema General de Pensiones y Salud.

Su mandante recibe como contraprestación directa del servicio y a causa del vínculo laboral con el Estado una "bonificación judicial", la cual fue creada mediante el Decreto 382 de 2013, lo que conforme a la norma de derecho administrativo y a los principios constitucionales y tratados internacionales, constituye salario, independiente de las exclusiones o denominaciones establecidas por el Gobierno Nacional.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

Preámbulo, artículos 2, 13, 25, 48, 53, 150, 250 y ss. C.S del Trabajo: artículo 127 y ss. Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado colombiano, así como los convenios de la OIT identificados con los Nros. 87, 95, 98, 100, III, entre otros. El convenio de la OIT Nro. 95 de 1949 relativo a la protección del salario fue ratificado mediante la Ley 54 de 1962 y, por tanto, conforme al artículo 53 constitucional, forma parte prevalente de la legislación interna. Ley 4 de 1992. Ley 244 de 1995; Ley 1071 de 2006. Ley 344 de 1996, Ley 1582 de 1998 Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En el caso específico, su mandante, recibe como contraprestación directa del servicio y a causa del vínculo laboral con el Estado, "la bonificación judicial", lo que conforme a la norma de derecho administrativo y de acuerdo con los principios constitucionales y tratados internacionales, constituye salario, independiente de cómo lo haya denominado el Gobierno Nacional, ello teniendo en cuenta, que dicho concepto establecido conforme a la realidad de los hechos acaecidos y que se demuestran documentalmente, retribuyeron de manera habitual, permanente, periódica y directa el servicio prestado por su mandante con la Fiscalía General de la Nación, adicional a ello, dicha "bonificación judicial" ingresan a su patrimonio y tienen como causa inmediata el servicio prestado por el solicitante a la accionada y son reconocidos como causa del vínculo legal y reglamentario con la entidad.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACIÓN- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, Solicita no acceder a las pretensiones de la demanda, se opone a cada una de las pretensiones, teniendo en cuenta que carecen de fundamentos fácticos y jurídicos, por cuanto los actos demandados se limitaron a señalar el cumplimiento de un deber legal que le impuso el legislador a la Fiscalía General de la Nación a través del Decreto 0382 de 2013.

Además, la Entidad ha dado estricto cumplimiento a la opción manifestada por nuestros servidores, respecto del acogimiento al régimen salarial y prestacional permitido a través de los Decretos salariales expedidos por el Gobierno Nacional, para los empleados de esta Corporación, a fin de no vulnerar los derechos adquiridos.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: 1) Cumplimiento de un deber legal; 2) Falta de Legitimación en la causa por activa; 3) Cobro de lo no debido; 4) Buena fe y 5) Genérica.

10. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 24 de Julio de 2017, respecto de las excepciones. 1) Cumplimiento de un deber legal; 2) Falta de Legitimación en la causa por activa; 3) Cobro de lo no debido; 4) Buena fe y 5) Genérica.

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 31 de Julio de 2019, mediante la cual se condenó a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a reconocer a la demandante EDNA LUCENA RUIZ GARCÍA, la bonificación judicial como factor salarial a tener en cuenta en la base de liquidación de las prestaciones sociales percibidas, como primas, bonificación por servicios prestados y cesantías; esto a partir del 1º de enero de 2013 y mientras se cause en el tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN.

Notificada la sentencia, fue recurrida por la parte demandada. Al respecto estableció que, con el análisis de las anteriores providencias se destaca claramente que si bien un pago laboral puede incluirse dentro de la definición de "salario" que trae tanto la disposición internacional como la norma nacional, ello no implica que a dichos valores se les deba otorgar un reconocimiento automático de ser base de liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales que percibe un empleado, puesto que dentro de la norma y jurisprudencia se prevé la facultad de que el legislador pueda determinar que pago se incluye y cual no dentro de las bases de liquidación de otros factores. Ahora bien, si se considera que los negociadores designados por la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación no cumplieron a cabalidad con sus compromisos en materia de nivelación, no es precisamente la acción de simple nulidad (art. 137 Ley 1437/11) o de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 138 Ley 1437/11) el escenario propicio o

adecuado para descalificarlos, ni tampoco para pretender desconocer los acuerdos finalmente alcanzados, sino por el contrario se debió demandar la legalidad y constitucionalidad del Decreto No. 382 de 2013 mediante una Acción de Inconstitucionalidad. En consecuencia, la Fiscalía General de la Nación solicita que se revoque el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Sexto (06) de Oralidad del Circuito de Manizales de fecha 31 de Julio de 2019, dentro de la acción de la referencia, y en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuez por sorteo de conjuces 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 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio”.

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

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

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

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

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL.

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

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

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

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

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

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

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

"Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de

negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T."

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

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

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

"Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT, 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 fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, 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 derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

"Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho

internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

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

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)".

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 resultados 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 de 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:

Como se dijo en el resumen de esta sentencia, a pesar de que el fallo primario salió en su mayoría a favor de la demandante, haciendo un recuento normativo nacional e internacional de lo que constituye salario, llegando a la conclusión que la bonificación judicial, si constituye factor salarial y en consecuencia se le debe aplicar a la Dra. EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA, frente a todas sus prestaciones sociales; se revocará la decisión adoptada con base en las siguientes conclusiones.

Se deberá declarar probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales, al respecto, debe señalarse que el término de prescripción de los derechos laborales reclamados es de tres (3) años contados a partir de su exigibilidad se declarará la prescripción. La reclamación administrativa se realizó el día **31 de Diciembre de 2015**, como se puede constatar de folios 18 a 22 el encuadrado 1, y la parte actora empezó a laborar a partir del día 12 de Julio de 2011, por ende tendría derecho al pago de la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir por concepto de prima especial de servicios y reliquidación de prestaciones sociales, desde el **31 de Diciembre de 2012**, debido a la prescripción trienal.

Siendo los periodos reclamados en esta demanda, los comprendidos entre el **12 de Julio de 2011 a la fecha**, habrá de declararse que **por el periodo comprendido entre el 12 de julio de 2011 hasta el 30 de Diciembre de 2012, operó el fenómeno de la prescripción trienal laboral.**

Frente al periodo contemplado **desde el 31 de Diciembre de 2012, hasta la fecha de cumplimiento de esta sentencia y/o hasta cuando haya fungido o funja el demandante como Empleado de la Fiscalía General de la Nación**, se ordenará el debido reconocimiento y pago.

10. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

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 **EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA**, mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, general efectos fiscales, 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-, pues 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 a la señora **EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA**, ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiaria 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 **EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA**, desde el **31 de diciembre de 2012**, por efectos de la prescripción trienal, 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 beneficiaria, 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 la demandante como contraprestación al desempeño del cargo actual, siempre que este se encuentre amparada por el Decreto 383 de 2013.
5. Se niega la condena en costas-agencias de derecho.

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

11. FALLA

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 1º, 4º y 5º de la sentencia del día 31 de Julio de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, los cuales quedarán así:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de: “1) Cumplimiento de un deber legal; 2) Falta de Legitimación en la causa por

activa; 3) Cobro de lo no debido; 4) Buena fe y 5) Genérica.”. **DECLARAR PROBADA** la excepción de: “prescripción” respecto de los periodos anteriores al 30 de Diciembre de 2012”.

QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, reconocer, en favor de EDNA LUCENA RUÍZ GARCÍA, la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 31 de Diciembre de 2012 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 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 8º de la sentencia de la sentencia del día 31 de Julio de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales y, en consecuencia, NO condenar en costas.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de 31 de Julio de 2019, proferida por Juzgado Sexto Administrativo 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.

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

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el día .

Los Conjueces:



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 n.º. 206 del 21 de Noviembre de 2023.</p>  <p>VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS Secretario</p>

17-001-33-39-006-2018-00009-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, diecisiete (17) de **NOVIEMBRE** dos mil veintitrés (2023)

S. 226

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** (el Dr. **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Jueza 6ª Administrativa de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **BLANCA OLIVA FRANCO GIL** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la demandante se anule el Oficio S-2016-122824/ARPRE-GRUPE-1.10 de 4 de mayo de 2016 y en consecuencia, se condene a la accionada a revisar el reajuste de la asignación de retiro, de tal forma que se determine la fórmula más favorable, entre el aumento de los miembros activos de la **POLICÍA NACIONAL** fijado en la escala porcentual salarial, o el IPC, que se aplica de acuerdo con lo establecido en el canon 14 de la Ley 100 de 1993, y por ende, que desde 1997, se aplique anualmente el incremento más favorable, pagando las diferencias a favor de la parte actora, con sus respectivos intereses de mora e indexación.

CAUSA PETENDI

Narra la accionante que el señor SABAS ABAD SERNA FRANCO prestó sus servicios como agente de la POLICÍA NACIONAL, y falleció el 16 de noviembre de 1986, por lo que le fue reconocida pensión por muerte a la accionante, en calidad de cónyuge supérstite, prestación que desde entonces viene siendo reajustada anualmente con base en el principio de oscilación contemplado en los Decretos 1212/90, 1213/90 y 1091/95 y no con base en el IPC del año inmediatamente anterior, vulnerando con ello el ordenamiento superior y generando un detrimento en el poder adquisitivo de la pensión.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La demandante invocó como vulneradas las siguientes normas: Constitución Política, arts. 2, 4, 13, 46, 48 y 53; Ley 238 de 1995, art. 1; Ley 100 de 1993, arts. 14, 279; Ley 4ª de 1992, art. 2 literal a).

Como juicio de la infracción, expresó en primer término que la accionada desconoció la primacía constitucional, al negar los ajustes que se encuentran justificados en el mandato superior que proscribe la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones, además de los artículos de la Ley 100 de 1993, expedidos con posterioridad a la carta de 1991, que introducen el IPC como método de actualizar las pensiones, mientras que la entidad llamada por pasiva viene aplicando aumentos de acuerdo a la variación de los salarios del personal activo, que son notoriamente inferiores al IPC.

Puntualiza que la conducta de la demandada desconoce otros principios de raigambre superior como el de progresividad, por el contrario, está invocando la aplicación de normativas menos generosas para los derechos prestacionales, y puntualmente para la pensión de la parte demandante, además de hacer nugatoria la protección especial que el texto constitucional dispensa a los adultos mayores.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** dio contestación a la demanda en forma oportuna, oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante /fls. 112-118 cdno ppl/, e indicando que los salarios y asignaciones de esa institución se efectúa con base en principio de oscilación, con base en lo establecido en la Ley 4ª de 1992 y el Decreto 4433/04, y los decretos fijados cada año por el gobierno nacional, que es más beneficioso que el IPC. Luego, propone que, en caso de proceder las pretensiones de la parte demandante, se aplique la prescripción consagrada en el Decreto 1213 de 1990.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa de Manizales accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante /fls. 144-152/, para lo cual argumentó que, si bien en principio, los miembros de la fuerza pública estaban excluidos de la aplicación del artículo 14 de la Ley 100 de 1993 en virtud de lo establecido en el canon 279 del mismo estatuto legal, este fue reformado posteriormente por la Ley 238 de 1995, que indicó que no podía negarse a los servidores policiales y militares, los beneficios consagrados para la generalidad de beneficiarios del sistema de seguridad social. Así mismo, resaltó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha avalado que en virtud de la favorabilidad, los pensionados de la policía y las fuerzas militares accedan al beneficio del reajuste de sus mesadas con el IPC, cuando este resulte más beneficioso que el establecido en las normas especiales que rigen la materia, posibilidad que aplica hasta el año 2005, cuando el legislador instauró nuevamente el principio de oscilación, al proferir el Decreto 4433 de 2004.

A partir de lo anterior, declaró parcialmente nulo el acto demandado, y ordenó a la accionada reajustar la asignación de retiro de la accionante, aplicando el IPC para los años 1999, 2001 y 2002, anualidades en las que este dato fue superior a los aumentos decretados para las asignaciones de la **POLICÍA NACIONAL**.

RECURSO DE APELACIÓN

La **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL** apeló la decisión de primera instancia, solicitando que esta sea revocada y que, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demandante /fls. 156-158/. De manera sucinta, anotó que la liquidación de la pensión del accionante se hace con base en el artículo 110 del Decreto 1213 de 1990 que ciñe el aumento anual a los porcentajes fijados por el Gobierno Nacional para los miembros activos de la fuerza pública.

Recalca que el principio de oscilación es la forma correcta de reajuste de las asignaciones de retiro, en la medida que permite mantener el equilibrio entre los sueldos básicos de quienes se encuentran activos, y aquellos de quienes están en situación de retiro, por lo que el hecho de acceder a las pretensiones de la parte actora, rompe este principio e implicaría generar un desequilibrio entre el personal activo y el retirado, beneficiario de este tipo de decisiones.

En este mismo sentido, explica que tanto la Ley 4ª de 1945 como la 923 de 2004 acogen este principio, teniendo en cuenta que el personal retirado puede ser llamado a servicio nuevamente, y ahí debe guardar semejanza con lo que reciben quienes están activos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se anulen los actos que negaron el reajuste de la asignación de retiro y, en consecuencia, se reajuste esta prestación con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC).

(I) PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con la postura de la parte apelante y lo decidido por el juez de primera instancia, el problema jurídico a dilucidar es el siguiente:

- *¿Es procedente reajustar la asignación de retiro de la accionante con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993?*

(I)

APLICACIÓN DEL IPC A LAS ASIGNACIONES DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL

El debate jurídico en el sub lite se entrelaza con el aumento ordenado en sede de primera instancia, en la medida que la jueza dispuso que la asignación de retiro sustituida a favor de la demandante BLANCA OLIVA FRANCO GIL, sea reliquidada tomando como base en Índice de Precios al Consumidor (IPC) y no los incrementos anuales fijados por el Gobierno Nacional para los miembros activos de la Policía Nacional, o la aplicación del denominado principio de oscilación, que en sentir de la apelante, es el criterio válido para el incremento anual de las asignaciones de retiro.

La preceptiva que consagra el beneficio impetrado por la accionante FRANCO GIL es el artículo 14 de la Ley 100 de 1993:

“Con el objeto de que las pensiones de vejez o de jubilación, de invalidez y de sustitución o sobreviviente, en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, mantengan su poder adquisitivo constante, se reajustarán anualmente de oficio, el primero de enero de cada año, según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor, certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior. No obstante, las pensiones cuyo monto mensual sea igual al salario mínimo legal mensual vigente, serán reajustadas de oficio cada vez y con el mismo porcentaje en que se incremente dicho salario por el Gobierno.”

La discusión surge porque, el artículo 279 de este mismo esquema disposicional, excluyó de su aplicación, entre otros, a los miembros de la fuerza pública, conforme lo disponía en su redacción original bajo el siguiente

tenor literal:

“El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.”
/Destaca la Sala/.

Cabe anotar que este texto normativo fue modificado por el artículo 1° de la Ley 238 de 1995, que estableció:

“Parágrafo 4. Las excepciones consagradas en el presente artículo no implican negación de los beneficios y derechos determinados en los artículos 14 y 142 de esta ley para los pensionados de los sectores aquí contemplados”.

Es decir, que a partir de la vigencia de dicha norma, los pensionados que se encontraban excluidos de la aplicación de la Ley 100/93 -entre los que se encuentran los miembros de las Fuerzas Militares y Policía Nacional-, sí tenían derecho al reajuste de sus pensiones de conformidad con la variación del Índice de Precios al Consumidor.

Posteriormente, la Ley 923 de 2004¹ consagró nuevamente el principio de oscilación como el mecanismo de ajuste de las asignaciones de retiro, en los siguientes términos:

“Artículo 3°. Elementos mínimos. El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

(...)

¹ Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

3.13. El incremento de las asignaciones de retiro y de las pensiones del personal de la Fuerza Pública será el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo” /Líneas de la Sala/.

Asimismo, el Decreto 4433 de 2004 “POR MEDIO DEL CUAL SE FIJA EL RÉGIMEN PENSIONAL Y DE ASIGNACIÓN DE RETIRO DE LOS MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA”, prevé en el artículo 42:

“ARTÍCULO 42. Oscilación de la asignación de retiro y de la pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones contempladas en el presente decreto, se incrementarán en el mismo porcentaje en que se aumenten las asignaciones en actividad para cada grado. En ningún caso las asignaciones de retiro o pensiones serán inferiores al salario mínimo legal mensual vigente.

El personal de que trata este decreto, o sus beneficiarios no podrán acogerse a normas que regulen ajustes en otros sectores de la administración pública, a menos que así lo disponga expresamente la ley.”

Sobre el principio de oscilación el H. Consejo de Estado² ha sostenido:

“ 1.- Con la entrada en vigencia de la Ley 238 de 1995 (26 de diciembre de 1995 fecha de su publicación), las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 presentaron una modificación consistente en que a los pensionados de los sectores allí contemplados, entre ellos los de las Fuerzas Militares y Policía Nacional³, en virtud del principio de favorabilidad⁴ y conforme a los artículos 14 y 142 de

² Sección Segunda. Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia de veinticuatro (24) de enero de dos mil diecinueve (2019). Radicación número: 25000-23-42-000-2015-00924-01(1483-17). Actor: Miguel Alfredo Barrios Alonso. Demandado: Ministerio De Defensa, Armada Nacional.

³ Cita de cita: La Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 2004 afirmó que la asignación de retiro se asimilaba a las pensiones de vejez o de jubilación.

⁴ Cita de cita: Frente a la aplicación del Decreto 1211 de 1990.

la Ley 100 de 1993 se les podía reajustar la asignación de retiro conforme al índice de precios al consumidor del año inmediatamente anterior certificado por el DANE y la mesada 14, respectivamente, siempre que el incremento realizado por el Gobierno Nacional en los decretos anuales de las asignaciones en actividad de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional sea inferior.

2.- En vigencia de la Ley 238 de 1995 el reajuste por favorabilidad de las asignaciones de retiro de los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional conforme al índice de precios al consumidor señalado en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, en cada caso concreto, aplica desde el año de 1996 hasta el 2004, toda vez que a partir del 1.º de enero de 2005 se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

3.- El reajuste conforme al IPC, incide directamente en la base de la respectiva prestación pensional y debe servir para la liquidación de los incrementos que a partir del año 2005 se efectuaran sobre dicha prestación”
/Resalta la Sala/.

Por ende, resulta procedente el reajuste de la asignación de retiro de acuerdo con los artículos 14 y 279 de la Ley 100 de 1993, es decir, con base en el IPC para los años 1997 a 2004, el cual se aplicó para los pensionados o retirados de las Fuerzas Militares y de Policía Nacional y no para el personal activo, ya que a partir del 1º de enero de 2005, se implementó nuevamente la aplicación del principio de oscilación a través de la expedición del Decreto 4433 de 2004.

En efecto, el H. Consejo de Estado⁵ ha sostenido que frente a las asignaciones de retiro reconocidas con anterioridad al 1º de enero de 2005, debe aplicarse el reajuste con base en el IPC:

“Se puede entonces inferir que no existen tesis encontradas en la materia que se estudia, y que a partir de la Sentencia hito de la Sala Plena de la Sección Segunda de fecha 17 de mayo de 2007, tanto la Subsección A, como la B, de manera uniforme han reiterado hasta la actualidad la misma posición, esto es, que **los miembros de la Fuerza Pública, con fundamento en la Ley 238 de 1995, la cual es más favorable que el monto fijado año a año por el Gobierno Nacional a través de Decretos, tienen derecho al reajuste de la asignación de retiro con fundamento en el I.P.C., para los años 1997, 1999, 2001, 2002, 2003 y 2004.**”

Asimismo, se sigue de lo expuesto, que **a partir de la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 31 de Diciembre de 2004, el reajuste debe hacerse nuevamente aplicando el principio de oscilación,** y no de acuerdo con el Índice de Precios al Consumidor, por disposición del artículo 42 del Decreto mencionado.”
/Resalta la Sala/.

Resulta oportuno indicar que este criterio hermenéutico fue ratificado por modo reciente por el Consejo de Estado, en sentencia de 18 de noviembre de 2021, con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez (Exp. 25000-23-42-000-2016-05155-01(0857-20)).

En tal sentido, fue debidamente probado que la señora BLANCA OLIVA FRANCO GIL es beneficiaria de la asignación de retiro reconocida por la

⁵ Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de quince (15) de noviembre de 2012. Expediente número 250002325000201005111 01 (0907-2011). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

POLICÍA NACIONAL, por la muerte de su cónyuge SABAS ABAD SERNA FRANCO, mediante Resolución N° 6149 de 19 de octubre de 1987, es decir, antes de 2005, como lo precisa la hermenéutica en mención /fls.32-34 cdno. 1/. También está acreditado que a través del Oficio S-2016-122824/ARPRE-GRUPE-1.10 de 4 de mayo de 2016, la demandada denegó el reajuste de dicha prestación, con base en el IPC /fls.29-30 ídem/.

Corolario de la aplicación de la postura interpretativa vigente en esta jurisdicción especializada, le asiste razón a la jueza de primera instancia en cuanto concluyó que la accionante tiene derecho al reajuste de la asignación de retiro de acuerdo con el IPC por los años 1999, 2000 y 2002, anualidades en las que el incremento decretado por el Gobierno Nacional fue inferior a dicho índice según lo probado en primera instancia, aspecto que tampoco fue objeto de debate ante esta corporación judicial.

De ahí que en sujeción al mandato de favorabilidad que amparaba el método de incremento anual entre 1997 y 2004, según lo pregonado insistentemente por el Consejo de Estado, resultaba menester acceder a las pretensiones de la parte actora, en la forma en la que lo hizo la funcionaria de primer grado.

En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por la Jueza 6ª Administrativa de

Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **BLANCA OLIVA FRANCO GIL** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausentes con permiso)

17-001-23-33-001-2018-00369-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE dos mil veintitrés (2023)

S. 227

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN (el Dr. PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juez 1° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **PEDRO JOSÉ CASTILLO CASTAÑO** contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL** (en adelante **CASUR**).

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

En síntesis, solicita la parte actora:

- I. Que se inapliquen por vía de la excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad, los artículos 15 y 49 del Decreto 1091/95, 23 del Decreto 4433/04 y 3 del Decreto 1858 de 2012;
- II. Que se declare la nulidad del Oficio E-00003-20172430-CASUR ID:238775 de 14 de junio de 2017, con el cual CASUR negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro del accionante.
- III. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la accionada a

reajustar la asignación de retiro del demandante con la inclusión, como partida computable, del subsidio familiar en un 30% del salario básico, junto con sus intereses e indexación. Así mismo, se pague cualquier otro derecho causado más la indexación que corresponda.

CAUSA PETENDI

Narra el actor que ingresó en 1991 a la Policía Nacional como agente, y en 1995, encontrándose al servicio de la entidad como suboficial, fue homologado al nivel ejecutivo de esa institución, y con ello, le fue aplicado el Decreto 1091 de 2005 que no contempla el subsidio familiar como partida computable para liquidar las prestaciones sociales. Por modo, refiere que, al considerar que dichas normas carecen de sustento constitucional, solicitó a CASUR que reconociera este rubro como partida computable en la asignación de retiro, petición negada a través del acto demandado.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Expuso el accionante que el subsidio familiar fue creado por medio del Decreto 118 de 1957 y modificado a través de la Ley 21 de 1982, como una forma de protección a la familia, núcleo de la sociedad por mandato del texto 42 del estatuto constitucional, y de ahí su importancia, reconocida por la Corte Constitucional en la Sentencia T-492 de 2014, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. Además, acota que, si bien este emolumento tiene un efecto económico en los ingresos del trabajador, la destinataria del beneficio en últimas es la familia. Anota que esta prestación se consideró computable para la asignación de retiro desde el año 1977, y con las sucesivas modificaciones de las normas policiales, incluyendo los Decretos 1212 y 1213 de 1990.

Agregó que mediante los Decretos 132 y 1091 de 1995, fue creado el nivel ejecutivo de la Policía Nacional, cuyos miembros también son beneficiarios del subsidio familiar, sin embargo, de acuerdo con estas normas, este no hace parte de las partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro. Volviendo sobre la importancia del subsidio familiar en función de la

protección de los niños y jóvenes, resalta que se vulnera el derecho a la igualdad al no reconocer el subsidio familiar a los miembros del nivel ejecutivo de la institución como partida computable para liquidar la asignación de retiro, cuando a los suboficiales, oficiales y agentes sí se les concede, sin que existan razones de este tratamiento. Adicionalmente, la decisión administrativa demandada desconoce el principio de progresividad consagrado en el texto 48 Superior, pues excluye a los miembros del nivel ejecutivo de este ámbito de protección.

Para finalizar, complementa su argumento manifestando que al negar la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, la POLICÍA NACIONAL desconoce diversos instrumentos internacionales que también conducen de forma diáfana a la protección de la familia y los menores de edad.

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL -CASUR dio contestación a la demanda en forma oportuna, oponiéndose a las pretensiones de la parte demandante /fls. 71-86 cdno ppl/, e indicando que la asignación de retiro concedida al actor fue liquidada con base en las partidas computables previstas en el Decreto 4433 de 2004, dentro de las que no se halla la deprecada por el actor. Además, anota que el canon 49 del Decreto 1095 de 1995 proscribía de forma categórica la inclusión de cualquier otro emolumento para el cálculo de la asignación de retiro.

Niega que el ingreso del demandante al nivel ejecutivo de la policía le haya significado la pérdida de beneficios o el desconocimiento de la progresividad, por el contrario, indica que su situación prestacional mejoró, y que no hay prueba de lo contrario en el plenario. También acota que el actor se homologó de forma voluntaria al nivel ejecutivo, por lo que no puede alegar discriminación en su caso.

Con base en lo anterior, propuso como excepciones las de 'INEXISTENCIA DEL DERECHO', aludiendo a la improcedencia de tomar como partida computable

el subsidio familiar; ‘INCORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO DE OSCILACIÓN’, ya que este hace alusión al sueldo básico; ‘INDEBIDA ESCOGENCIA DE LA ACCIÓN’, pues el actor debió cuestionar las normas que sirven de base al reconocimiento pensional; y ‘FALTA DE FUNDAMENTO JURÍDICO PARA LAS PRETENSIONES’, en la medida que se pretende la inclusión de partidas concebidas normativamente para oficiales, suboficiales y agentes.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 1° Administrativo de Manizales negó las pretensiones del demandante, con la sentencia que reposa de folios 106 a 113, refiriendo que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática al señalar que el régimen salarial y prestacional concebido para los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional es más favorable que el establecido para los agentes, por lo que no puede hablarse de discriminación o desmejora alguna, además, las partidas computables para los miembros del nivel ejecutivo son las señaladas en el artículo 23-2 del Decreto 4433 de 2004.

Analizados los pormenores del caso, estableció que el actor ingresó como agente a la POLICÍA NACIONAL en 1991, y desde 1995, fue homologado al nivel ejecutivo, por lo que las partidas computables para liquidar la asignación de retiro son las establecidas en el Decreto 4433 de 2004, y con ello, no procede la inclusión del subsidio familiar en dicha base prestacional.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante apeló la decisión de primera instancia, solicitando que esta sea revocada y que, en su lugar, el Tribunal acceda a sus pretensiones /fls. 116-126/.

Considera que el juez de primera instancia incurrió en una falencia argumentativa al no hacer un juicio de igualdad constitucional, pues desde la demanda había hecho alusión a la vulneración de este derecho fundamental del núcleo familiar del accionante, entendiendo que existe un

trato diferencial en la inclusión del subsidio familiar, entre las familias de los oficiales, suboficiales y agentes, de un lado, y los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, del otro. Así mismo, considera que no puede excusarse la negativa de sus pretensiones en la inescindibilidad, que es un mandato de naturaleza eminentemente legal, cuando están en juego principios constitucionales y derechos fundamentales como lo es la protección que la carta dispensa a la familia, por ende, considera que no existen motivos que justifiquen un trato diferenciado frente al subsidio familiar.

También considera que no es de recibo esgrimir que el accionante ingresó voluntariamente al nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL y que por ello sabía el régimen salarial y prestacional que lo amparaba, pues aun cuando legalmente ello es cierto, no puede desconocerse el mandato de irrenunciabilidad de los derechos laborales. De otro lado, alude a la jurisprudencia relacionada con soldados profesionales y su régimen prestacional, para concluir que la sostenibilidad fiscal, además de no ser un principio de orden constitucional, tampoco ha de servir como fundamento válido para desconocer derechos fundamentales.

Reitera que su demanda no se basa en una desmejora salarial, sino en la vulneración del derecho a la igualdad que existe entre los grupos familiares de los agentes, oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL, y el de los miembros del nivel ejecutivo, específicamente por el subsidio familiar.

Finalmente, aduce que no debió ser condenada en costas, por cuanto no se demostró su causación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se anulen los actos que negaron la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro y en consecuencia, se reajuste esta prestación.

(I)
PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con la postura de la parte apelante y lo decidido por el juez de primera instancia, los problemas jurídicos a dilucidar son los siguientes:

- *¿Es procedente incluir en la asignación de retiro del actor, el subsidio familiar?*
- *A partir de lo expuesto, ¿al momento de liquidar la asignación de retiro, CASUR vulneró el derecho a la igualdad que le asiste al demandante frente a los agentes, oficiales y suboficiales de la POLICÍA NACIONAL?*

(I)
**NORMATIVA APLICABLE
PARA LA LIQUIDACIÓN DE ASIGNACIÓN DE RETIRO
DE PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO DE LA POLICÍA NACIONAL**

En síntesis, la tesis de la parte actora estriba en que CASUR debió tomar en cuenta para liquidar su asignación de retiro, el subsidio familiar, pues arguye, es vasta la normativa y la jurisprudencia que indica que la creación del nivel ejecutivo en ningún momento permite la discriminación y desmejora, bajo ningún aspecto, de la situación de quienes estaban al servicio de la entidad y que ingresaron al pluricitado nivel ejecutivo, como fue su caso. Además, considera que la no inclusión de este rubro en la asignación por vejez, representa una discriminación frente a los grupos familiares de los oficiales, suboficiales y agentes, quienes sí tienen derecho a que se tenga en cuenta.

El Gobierno Nacional¹ expidió el Decreto 41 de 1994², norma que en ese mismo año fue declarada parcialmente inexecutable por la H. Corte Constitucional a través de la Sentencia C-417 de 1994, en tanto se excedió

¹ En uso de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 62 de 1993.

² “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

del marco fijado por la Ley 62/93 al contener mandatos regulatorios del “Nivel Ejecutivo” de la Policía. Así mismo, el Gobierno Nacional³ profirió el Decreto 262 de 1994⁴, cual dispuso en su artículo 7° que los Agentes que cumplieran los requisitos allí establecidos podían ingresar al primer grado del nivel ejecutivo, mientras que en su canon 8° estableció que los Agentes que ingresaran al pluricitado nivel se someterían al régimen salarial y prestacional que para el efecto determinara el Gobierno Nacional.

Ulteriormente, la Ley 180 de 1995 en su precepto 1°, consagró el nivel ejecutivo como parte de la estructura de la Policía Nacional, y en virtud de su artículo 7°, fueron nuevamente conferidas facultades extraordinarias al presidente de la República en aras de regular las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales del nivel ejecutivo, entre otros aspectos; con todo, se estipuló en su parágrafo por modo especial que:

“La creación del Nivel Ejecutivo no podrá discriminar ni desmejorar, en ningún aspecto, la situación actual de quienes estando al servicio de la Policía Nacional ingresen al Nivel Ejecutivo”.

Fue así como se expidió el Decreto 132 de 1995, *“por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel ejecutivo de la Policía Nacional”*, instituyendo entre otros temarios:

- 1) La posibilidad de que los suboficiales en servicio activo ingresaran al nivel ejecutivo (Art. 12).
- 2) La sujeción del personal que ingresara al Nivel Ejecutivo, al régimen salarial y prestacional determinado por el Gobierno Nacional (Art. 15); y
- 3) Una protección especial a quienes en servicio activo que decidieran ingresar al Nivel Ejecutivo, en concordancia con lo estipulado en el artículo 7° parágrafo de la Ley 180/95, así (Art. 82):

“El ingreso al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional no podrá discriminar, ni desmejorar,

³ En uso de las mismas facultades.

⁴ “por el cual se modifica las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”.

en ningún aspecto la situación de quienes están al servicio de la Policía Nacional”.

Hasta lo aquí expuesto, se infiere que la protección otorgada por el legislador es proporcional a la seguridad jurídica que buscan los asociados al acogerse a un nuevo régimen laboral, toda vez que cuentan con la garantía de que no se verán desmejorados en sus derechos prestacionales.

Ahora bien; mediante el Decreto 1091 de 1995, el presidente de la República expidió el Régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, habiendo regulado en su artículo 51 lo relativo a la “Asignación de retiro para el personal del nivel ejecutivo”. Sin embargo, dicho precepto fue declarado nulo por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª, el catorce (14) de febrero de 2007 - C.P. Alberto Arango Mantilla, Rad. 11001-03-25-000-2004-00109-01(1240-04).

En el año 2004, esto es, con antelación a la declaratoria de nulidad recién referenciada, el Congreso de la República expidió la Ley Marco 923⁵, dispositivo legal que instituyó en su artículo 3º los elementos mínimos que el Gobierno Nacional debía tener en cuenta para fijar el régimen de asignación de retiro, entre otros, de los miembros de la fuerza pública, y entre ellos, se torna oportuno colegir el contenido en su numeral 3.9, concerniente a “Un régimen de transición que reconozca las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a acceder al derecho de pensión y/o asignación de retiro. En todo caso el régimen de transición mantendrá como mínimo los tiempos de servicio exigidos en la presente ley para acceder al derecho de asignación de retiro para el personal de Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Fuerza Pública que se encuentren en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley”.

En desarrollo de la norma legal precedentemente indicada, el Ejecutivo expidió el Decreto 4433 de 2004⁶, y en su Título III - Capítulo I relativo a la

⁵ “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política”.

⁶ “por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública”.

asignación de retiro del personal de la Policía Nacional, estipuló en el artículo 23 las partidas computables sobre las cuales se liquida esa prestación vitalicia, así:

“Partidas computables. La asignación de retiro, la pensión de invalidez, y la pensión de sobrevivencia a las que se refiere el presente decreto del personal de la Policía Nacional, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

23.1 Oficiales, Suboficiales y Agentes

...

23.2 Miembros del Nivel Ejecutivo

23.2.1 Sueldo básico.

23.2.2 Prima de retorno a la experiencia.

23.2.3 Subsidio de alimentación.

23.2.4 Duodécima parte de la prima de servicio.

23.2.5 Duodécima parte de la prima de vacaciones.

23.2.6 Duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.

Parágrafo. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales.” /Líneas de la Sala/.

En ese orden, es diáfano que el subsidio familiar no es una partida computable para efectos de la liquidación de la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, no solo en tanto no se halla incluida en el catálogo normativo parcialmente reproducido, sino por cuanto, seguidamente, el texto es categórico al proscribir la inclusión en la base de liquidación de otros emolumentos.

Derecho a la igualdad entre miembros del nivel ejecutivo y oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional.

Como se anotó, uno de los puntos basilares propuestos por el accionante tanto en la demanda como en la apelación contra la sentencia de primer grado, tiene que ver con la supuesta infracción del derecho a la igualdad, precisamente, ante la no inclusión del subsidio familiar a la hora de liquidar su asignación de retiro. En efecto, las normas reproducidas han enfatizado que el ingreso al nivel ejecutivo no podía discriminar ni desmejorar en ningún aspecto (incluido el relativo a la asignación de retiro, anota la Sala) la situación de quien estando al servicio de la Entidad ingrese a ese nivel ejecutivo.

El Consejo de Estado en sentencia de 17 de octubre de 2013⁷, analizó el cargo de vulneración del derecho a la igualdad entre miembros del Ejército Nacional, justamente para la inclusión de la partida del subsidio familiar, y concluyó que debía ser inaplicado *el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004* y que en consecuencia, procedía el reconocimiento del subsidio familiar para los soldados profesionales en igualdad de condiciones que los oficiales y suboficiales, en similares términos a los deprecados por el accionante PEDRO JOSÉ CASTILLO CASTAÑO.

Sin embargo, el mismo tribunal en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019,⁸ volvió a analizar esta postura, para determinar si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, concluyendo que en el marco de la jurisprudencia constitucional⁹, el principio de igualdad no elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia encuentre conformidad con el texto superior.

Sobre el particular acudió a la postura de la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, en la cual explicó las justificaciones de las diferencias entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados:

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 17 de octubre de 2013, expediente: 2013-01821-00

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Rad. 85001-33-33-002-2013-00237-01 (1701-16) CE-SUJ2-015-19.

⁹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

“La Corte encuentra, en primer lugar, que los sujetos a que se refieren las disposiciones demandadas constituyen grupos jurídicamente diferenciados. Si bien de las tres categorías se predica el factor común de que están integradas por miembros de la fuerza pública, también es cierto que la diferenciación entre ellas no tiene un origen arbitrario o subjetivo, sino que obedece a criterios normativos. Esas normas asignan a cada una de las tres categorías, responsabilidades, tareas y deberes diferentes¹⁰. La naturaleza de sus funciones es claramente distinta.

3.6.1.2. Entre los muchos criterios posibles que el legislador habría podido considerar para definir los topes máximos a los que se refieren las normas acusadas, **el acudir a los agrupamientos preexistentes en la jerarquía militar o policial es un criterio objetivo, que disminuye los riesgos de arbitrariedad o subjetividad en el otorgamiento del subsidio.** Se trata de un criterio jurídico, fácilmente identificable, que responde a la lógica interna de organización de la fuerza pública. Al existir estas distintas categorías jurídicas dentro del universo de personas que conforman la Fuerza Pública, es en principio válido que el legislador las utilice como criterio de distinción para ciertos efectos.

3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. **Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la “conducción y**

¹⁰ Decreto 1790 de 2000, Ley 1104 de 2006, Ley 180 de 1995

mando” de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponde las funciones de apoyo a los oficiales¹¹. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes¹².

3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas». /Negrilla fuera del texto original/.

Retomando la postura de unificación del Consejo de Estado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo señaló:

¹¹ Decreto 1790 de 2000, modificado parcialmente por la Ley 1104 de 2006, artículos 11 y siguiente.

¹² Para el caso de la Policía, las normas pertinentes están contenidas en el Decreto 1791 de 2000.

“192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»¹³, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»¹⁴, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

...

...

...

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos

¹³ T-587 de 2006.

¹⁴ Ibidem.

soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio. (...)
/Resaltados de la Sala/.

Y finalmente introdujo la siguiente regla de unificación:

“Primero: Unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de precisar lo siguiente:

1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública. (...)

En síntesis, la postura de unificación del Consejo de Estado, cuyo análisis partió de la supuesta vulneración de la igualdad, halló que esta prerrogativa no se encuentra vulnerada, entre los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro. En el mismo fallo, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo adujo que, en tanto regla de unificación, esta se torna en vinculante y en una regla de reconocimiento para casos con similitud fáctica.

(II)

EL CASO CONCRETO

No existe discusión acerca de que CASUR reconoció una asignación de retiro al señor PEDRO JOSÉ CASTILLO CASTAÑO a través de la Resolución N° 1774 de 11 de diciembre de 2013, en una cuantía equivalente al 81% del sueldo básico y las partidas legalmente computables, como lo son las primas de retorno a la experiencia, vacaciones, navidad, servicios, el subsidio de alimentación y

la prima de nivel ejecutivo /fls. 29*-30 cdno. 1/; así mismo, que mediante Oficio E-00003-201712430CASUR ID: 238775, la entidad accionada denegó el reajuste de dicha asignación con base en la inclusión del subsidio familiar /fl. 27 ídem/.

Frente a esta situación, el accionante CASTILLO CASTAÑO ha solicitado inaplicar por inconstitucionales el parágrafo del artículo 15 y parágrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995, parágrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004 y parágrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012, normas que, en su sentir, imponen una hermenéutica restrictiva que afecta su prerrogativa.

Al respecto, esta Sala, atendiendo el deber de acatar las decisiones de unificación del Consejo de Estado, como órgano de cierre en materia de lo contencioso administrativo en los términos del artículo 237 de la Constitución Política, y dada la advertencia indicada en cuanto a que la *ratio decidendi* debe ser aplicada a todos los casos que estén en trámite, acogerá la tesis de la Sentencia de Unificación del 25 de abril de 2019, pues unificó la postura en cuanto a las partidas computables (incluida la de subsidio familiar) a la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Lo anterior se refuerza, además, por cuanto se trata de un precedente que guarda similitud fáctica y argumentativa son lo debatido en este caso, especialmente en lo relacionado con la aplicación del test de igualdad cuya aplicación impetra la parte actora. Por ende, en línea con este criterio, habrá de precisarse que no existe vulneración del derecho a la igualdad entre los miembros de la Policía Nacional del nivel ejecutivo y los suboficiales, agentes y oficiales de esa institución en lo relacionado con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro.

En apoyo de esta tesis, el Consejo de Estado ha pregonado de forma conteste y reiterada que los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL no han de considerarse discriminados en materia prestacional frente a suboficiales, agentes y oficiales de esa institución, más aún si los regímenes que cobijan a estas categorías de servidores se someten a un análisis integral.

Así lo manifestó al resolver el recurso de apelación contra una sentencia de este mismo Tribunal (sentencia de 7 de diciembre de 2017, M.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, Radicación número: 17001233300020130021501 (2233-14):

“Esta subsección¹⁵ ya se ha pronunciado en casos similares al que se analiza, en los siguientes términos: « El demandante, en su condición de miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, reclama el reconocimiento y pago de prestaciones, auxilios, subsidios, entre otros, que fueron suspendidos con ocasión de su homologación en ese nivel, motivo por el cual es necesario realizar un comparativo de los emolumentos que percibía antes de su homologación y después de ella, lo que se ve reflejado en el cuadro siguiente:

...

Igualmente se expuso: «de la comparación anterior surge que, en efecto, a raíz de la homologación en el nivel ejecutivo, el demandante dejó de percibir la recompensa quinquenal y el auxilio de transporte, de igual manera el monto del subsidio familiar fue reducido; no obstante, ello, de por sí, no implica que el régimen al que se acogió le haya sido desfavorable, pues la comparación entre uno y otro no se puede hacer en forma aislada ni fraccionada respecto de cada uno de los factores prestacionales, bonificaciones o auxilios, sino que es necesario verificar la existencia de una desmejora en la generalidad de componentes que integran su remuneración, dentro de la cual está incluida la asignación básica mensual que fue el principal elemento diferencial entre uno y otro régimen, y el motivo por el cual los agentes y

¹⁵ Sección Segunda, sentencia del 14 de septiembre de 2017, con ponencia del magistrado que hoy ejerce igual función, dentro del proceso número 66001 23 33 000 2013 00344 01 (0148-15), actor: Héctor Bernardo Romero Valencia.

suboficiales de la Institución se acogieron a la homologación.»

De lo anterior se evidencia que el demandante al aceptar voluntariamente el cambiar de suboficial de la Policía Nacional al nivel ejecutivo, implicó someterse a las condiciones salariales establecidas por el legislador, las cuales eran de pleno conocimiento y como tal, algunos factores que se devengaban en servicio activo se modificaron, pero igualmente se incluyeron otros que no se percibían y de los cuales se benefició con el régimen al que se acogió.

Esta Subsección se ha pronunciado en varias oportunidades frente a las diferentes reclamaciones que se han presentado por parte del personal de suboficiales de la Policía Nacional, que decidieron cambiarse a la carrera de nivel ejecutivo, y que con ocasión de esta medida, han solicitado se ampare el derecho que tienen a no ser desmejorados en sus condiciones salariales y prestacionales como lo prevé la Constitución Política y las normas que desarrollaron el nivel ejecutivo en la Policía Nacional; y se ha concluido que una vez analizadas, estas han favorecido y no desmejorado las condiciones de quienes se acogieron a estas, así:¹⁶

Contrario a lo afirmado por el interesado, lo que se observa es que el Ejecutivo no lesionó el mandato de no regresividad, pues de la comparación global entre el antiguo y nuevo régimen es evidente que el Decreto No. 1091 de 1995 le reporta nuevos beneficios que

¹⁶ Ver, entre otras, las siguientes: Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación 25000-23-25-000-2011-00696-01(0590-2015); Subsección A, sentencia de 3 de marzo de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicación: 25000-23-42-000-2013-00067-01(3546-13); Subsección A, sentencia de 19 de mayo de 2016, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, radicación 25000-23-25-000-2012-00108-01(3396-14); Subsección A, sentencia de 17 de noviembre de 2016, M.P. William Hernández Gómez, radicación: 25000-23-42-000-2013-05603-01(2296-14).

compensan los que le fueron suprimidos, tales como la prima de retorno a la experiencia (f. 26 cuaderno anexo) y la prima del nivel ejecutivo; y, tampoco se allegó prueba dentro del expediente por parte del actor tendiente a probar la desmejora de su situación salarial y prestacional, por el contrario, se advierte un aumento significativo en el salario básico.

Tampoco se evidencia una discriminación del actor, toda vez que la aplicación del Decreto 1091 de 1995 deviene de su situación legal y reglamentaria de servicio público con vinculación en el Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Por último, como se dejó expuesto en el marco normativo y jurisprudencial, la Sala¹⁷ ya se había pronunciado sobre el presunto desmejoramiento de la situación salarial y prestacional del personal activo que ingresó al Nivel Ejecutivo. En aquella oportunidad, sostuvo la Sala:

“El citado desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada uno de los regímenes en estudio [en este caso, el de Agentes - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Por el contrario, y en virtud del principio de inescindibilidad [ampliamente delineado por la jurisprudencia laboral contenciosa], la favorabilidad del Nivel ejecutivo al que se acogió libremente el interesado debe observarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa aplicable [la contenida en el Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostentó la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado

¹⁷ Esta cita hace parte del texto transcrito: Sentencia de 31 de enero de 2013. NI. 0768-12.

*otras, pese a lo cual, en su conjunto, su condición de integrante de Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales”.*¹⁸

...
...

Lo anterior permite deducir que las normas aplicables al momento de retiro del demandante y que estaban vigentes mientras son los Decretos 1091 de 1995 y 4433 de 2004; de igual manera no se puede inferir que al señor García Vega se le estén vulnerando sus derechos y que se encuentre probada una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales, pues si bien es cierto que los Decretos 1212 y 1213 de 1990, contienen partidas que no se incorporaron al personal que ingresó a la carrera de nivel ejecutivo, también lo es, que para este personal existen otras que no contemplaban los decretos antes mencionados.

De igual forma, no procede dar aplicación a normas establecidas en dos regímenes tomando las que más favorezcan la situación del demandante de uno y otro régimen, pues se estaría en contravía del principio de inescindibilidad de la norma, más cuando con pleno conocimiento y total libertad tomó voluntariamente la decisión de ingresar a la carrera de nivel ejecutivo, acogándose íntegramente a su reglamentación.

...

Finalmente, se puede concluir que existen regímenes diferentes para la liquidación de las partidas de la asignación de retiro tanto para suboficiales como para los profesionales de nivel ejecutivo, y no se puede pretender que se dé aplicación combinando los dos sistemas, es decir, tomando beneficios de uno y otro, pues en el

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 9 de febrero de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 17001-23-33-000-2012-00152-01(2987-13).

momento de optar por la homologación se sometió al régimen salarial y prestacional que establecían las normas que lo reglamentaron” /Resalta la Sala/.

El supremo tribunal de lo contencioso administrativo también ha precisado que, la disparidad existente en dichos regímenes se justifica, entre otras razones, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos. En sentencia del 22 de abril de 2021¹⁹ precisó que:

“(…) la interpretación jurisprudencial vigente consiste en que dicha disparidad no comporta, per se, una discriminación, puesto que ello tiene origen, entre otras cosas, en el nivel de requisitos y responsabilidades de cada uno de esos cargos, tal como se aclaró en la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019 proferida por la Sección Segunda de esta corporación, providencia que, si bien se ocupó de analizar dicha temática en relación con los soldados profesionales, guarda estrecha similitud con el asunto bajo examen en cuanto a sus supuestos fácticos y jurídicos y, por tanto, en criterio de las autoridades judiciales, es plenamente aplicable.

...

Así las cosas, esta Sala considera que las providencias cuestionadas contienen una carga argumentativa suficiente y razonable que condujo a negar las pretensiones de la demanda instaurada por el señor HIGINIO AVILEZ GUTIÉRREZ encaminada a que se inaplicaran, por excepción de inconstitucionalidad, las normas que excluyeron el subsidio familiar como partida computable para el reconocimiento de su asignación de retiro, pues ambas autoridades hicieron referencia a las diferentes posiciones jurisprudenciales que se han

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda. C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia de tutela de 22 de abril de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2020-05145-01(AC)

suscitado en torno al tema y las razones por las cuales consideraron aplicable la sentencia de unificación de 25 de abril de 2019, en la que, se repite, se descartó una violación de principios y derechos constitucionales con ocasión de dicha diferenciación, con lo que se encuentra acreditada la carga de transparencia”. /Resalta el Tribunal/.

Además, ante regímenes tan disímiles, como son, el nivel ejecutivo y el de los Oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional, no es procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, por las evidentes diferencias que existen entre uno y otro, como también lo indicó el Consejo de Estado en sentencia del 18 de marzo de 2021²⁰:

“76. Nótese además que, la conclusión a la que llegó la autoridad judicial demandada resulta proporcional, razonable y adecuada, pues afirmó, que los regímenes especiales son inescindibles por lo que no es dable pretender la aplicación y beneficio de todas las normas que rigen los diferentes niveles al interior de la Policía Nacional, además el estatuto de carrera consagra que el personal del Nivel Ejecutivo, está en una categoría inferior a la de los Suboficiales, por lo que es lógico que tengan un régimen salarial más benéfico que quienes se encuentran en el grado inmediatamente inferior.

77. De manera que, ante regímenes tan disímiles (del nivel ejecutivo y demás miembros de la fuerza pública) no era procedente continuar con el estudio de las demás etapas del test de igualdad, como lo advirtió la Corporación acusada, ya que para la prosperidad de un juicio de igualdad se precisa la existencia de supuestos o situaciones que objetiva,

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. C.P. Rocío Araújo Oñate, sentencia de tutela de 18 de marzo de 2021. expediente: 11001-03-15-000-2021-00004-00(AC)

material y funcionalmente sean equiparables, a fin de establecer “qué es lo igual que merece un trato igual y qué es lo divergente que exige, por consiguiente, un trato diferenciado”. / Destaca el Tribunal/.

Y en cuanto al planteamiento de la parte actora, sobre la supuesta transgresión de la igualdad entre grupos familiares de los miembros del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL, y las familias de agentes, oficiales y suboficiales, por la no inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro, enfatizó el órgano de cierre de esta jurisdicción el 5 de febrero de 2021²¹:

“Así las cosas, aunque **el subsidio familiar** no repercute en la asignación de retiro de los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, como sí sucede en las reconocidas a los agentes, suboficiales y oficiales de la fuerza pública, **ello no involucra trasgresión de las garantías superiores a la igualdad y la familia, por cuanto ese trato diferenciado está justificado en las funciones y responsabilidad que asumen.**

Por consiguiente, **los señores magistrados al no aplicar la excepción de inconstitucional no inobservaron la Carta Política, porque, se reitera, el trato prestacional disímil entre el personal del nivel ejecutivo y los agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, en lo concerniente a la inclusión del subsidio familiar en sus asignaciones de retiro, resulta razonable, por lo que tampoco se configuró la violación directa de la Constitución Política.”**
/Destacados del Tribunal/.

²¹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de tutela de 5 de febrero de 2021. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-05145-00(AC)

En conclusión, CASUR no incurrió en infracción normativa al liquidar la asignación de retiro del accionante PEDRO JOSÉ CASTILLO CASTAÑO sin incluir el subsidio familiar, por cuanto se ciñó a las normas que gobiernan esta prestación pensional, y además, el análisis integral del régimen que ampara al accionante como miembro del nivel ejecutivo de la POLICÍA NACIONAL, arroja que no existe discriminación respecto a las normas que cobijan a los agentes, suboficiales y oficiales de la misma institución, como ya lo ha definido de forma decantada el Consejo de Estado.

COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, reprocha la parte actora la condena en costas dispuesta en primera instancia, aludiendo básicamente que esta preceptiva no se halla ajustada a derecho, en tanto no se aviene a los criterios jurisprudenciales vigentes, y no se acreditó su causación.

Sobre el particular, el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, con la adición introducida por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021, reza en su tenor literal:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.
En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal” /Resalta el Tribunal/.

En este orden, debe tenerse presente que desde la entrada en vigencia del Código de lo Contencioso Administrativo (C/CA) previsto en la Ley 1437/11 y su posterior modificación por la Ley 2080 de 2021, la condena en costas no se halla condicionada a la actividad o conducta desplegada por los sujetos procesales (criterio subjetivo) -como sí acaecía en el otrora vigente Decreto 01/84-, sino que su imposición en sentencia encuentra como cardinal criterio la parte que resulte desfavorecida con la decisión de mérito que se dicte y la causación efectiva de las mismas (criterio objetivo-valorativo).

En este orden de ideas, no encuentra este Juez Plural que la condena en costas ordenada por el Juez *A quo* en contra de la parte actora amerite ser reconsiderada, máxime al haberse evidenciado que la accionada participó activamente en las distintas etapas del proceso, como la contestación de la demanda y la audiencia inicial en la que se profirió el fallo.

Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia apelada.

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en 1 s.m.m.l.v, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juez 1° Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **PEDRO JOSÉ CASTILLO CASTAÑO** contra la **CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL**.

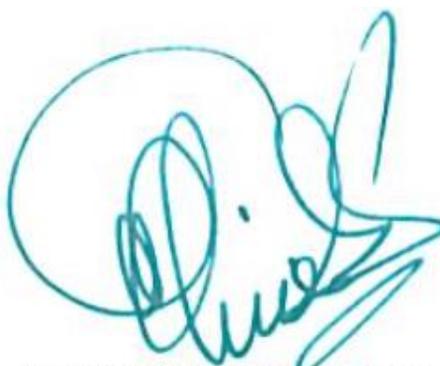
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en 1 s.m.m.l.v, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausentes con permiso)

17-001-23-33-000-2019-00175-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE dos mil veintitrés (2023)

S. 228

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN (el Dr. PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de primer grado, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la **ORGANIZACIÓN LOGÍSTICA EMPRESARIAL ANDINA S.A. - ORLEANS S.A.** (en lo sucesivo **ORLEANS S.A.**) contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA

Se impetra la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- i. Liquidación Oficial RDO 2017-03755 de 8 de noviembre de 2017 proferida por la Subdirección de Determinación de Obligaciones de la Dirección de Parafiscales por Mora e Inexactitud en las Autoliquidaciones y Pagos de los Aportes al Sistema de Protección Social, con la cual modificó las autoliquidaciones correspondientes a aportes parafiscales del personal incluido en nómina por el periodo 2013, e impuso sanción por inexactitud.
- ii. Resolución RDC 2018-01375 de 29 de octubre de 2018 emanada del Director de Parafiscales de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social

- UGPP, con la cual resolvió el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa demandante.

Como corolario de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, pretende que se declare la firmeza de las autoliquidaciones presentadas y canceladas por los meses de enero a diciembre del año 2013 y se levante la sanción por inexactitud impuesta.

En caso de no prosperar lo anterior, solicita a modo subsidiario, se practique una nueva liquidación de la sanción por inexactitud que sustituya la contenida en los actos acusados.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

La parte actora sustentó las anteriores pretensiones mediante los siguientes supuestos fácticos:

- ORLEANS S.A. presentó y canceló las autoliquidaciones correspondientes a aportes parafiscales de su personal incluido en nómina.
- El diecinueve (19) de abril de 2017, la UGPP emitió el Requerimiento RCD 2017-00381, con el cual se propone declarar y/o corregir las autoliquidaciones presentadas.
- La UGPP emitió la Liquidación Oficial RDO 2017-03755 del ocho (08) de noviembre de 2017, notificada el diecinueve (19) de noviembre del mismo año, con la cual modificó las autoliquidaciones correspondientes a aportes parafiscales del personal incluido en nómina por el periodo 2013, e impuso sanción por inexactitud.
- Mediante la Resolución RDC 2018-01375 del veintinueve (29) de octubre de 2018, la UGPP desató el recurso de reconsideración interpuesto, confirmando la Liquidación Oficial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Considera la parte actora que la UGPP ha vulnerado las siguientes normas: Artículos 2, 29 y 383 de la Constitución Política; 647, 683, 746, 777 y 742 del Estatuto Tributario (ET); 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo; y 30 de la Ley 1393 de 2010.

Explica que la UGPP desconoció el principio de la presunción de veracidad que ampara las declaraciones tributarias, y que obliga a la administración a presentar evidencias suficientes en caso de que pretenda desconocer la información consignada por el contribuyente en sus denuncios rentísticos, por lo que en el caso concreto, en su sentir, no existe prueba que desvirtúe lo señalado en sus intervenciones dentro del proceso de fiscalización.

A continuación, expone que la UGPP también infringió el contenido de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y 30 de la Ley 1393 de 2010, al pretender incluir pagos no constitutivos de salario en el Ingreso Base de Cotización (IBC) para liquidar los aportes al Sistema de Seguridad Social, tales como el auxilio de transporte, algunas bonificaciones y gastos que si bien reciben los empleados de la empresa demandante, no constituyen salario.

Refiere que el auxilio de transporte, por expresa disposición legal, no es factor salarial, aun cuando deba tenerse en cuenta para liquidar algunas prestaciones sociales. Lo propio ocurre con las bonificaciones, que no son habituales, pero además son conferidas por mera liberalidad del empleador. Y en punto a los demás valores no incluidos en la liquidación de aportes, dice que son aquellos que corresponden a transporte (taxis y buses), alojamiento y alimentación de los conductores, además de los servicios de cargue y descargue. En este sentido, para contextualizar, manifiesta que su actividad principal es la logística y el transporte de mercancías en camiones, por lo que estos gastos, además de expensas necesarias, son aquellos en que incurren los conductores durante su trabajo y que posteriormente les son reembolsados por la empresa. Es decir, se trata de pagos que no enriquecen

al trabajador ni acrecientan su patrimonio, sino que son necesarios para el desarrollo de su labor, por lo que no emergen como salario ni base para cotización a seguridad social.

Finalmente, dice que tampoco le asiste razón a la UGPP en cuanto impuso la sanción por inexactitud, pues la conducta desplegada por ORLEANS S.A. no encaja en las previsiones del artículo 647 del Estatuto Tributario, ni existe prueba dentro del expediente de que los desembolsos no correspondan a las operaciones contables plasmadas en sus registros. Considera que lo debatido se debe más a una diferencia de criterios entre las partes, que en todo caso no da lugar a esa sanción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **UGPP** se opuso a las súplicas formuladas en el libelo demandador /fls. 200-224 cdno 1/ y cimentó su defensa conforme pasa a compendiarse.

Alega que no le asiste razón a la parte actora, pues los actos demandados están debidamente motivados. Al respecto, precisa que, de la lectura de los fundamentos de la liquidación oficial, como del archivo formato Excel que la acompaña, cumple con los requisitos previstos en el artículo 712 del Estatuto Tributario, ya que allí se explican las razones por las cuales debían modificarse las contribuciones parafiscales de la protección social efectuadas por la parte actora.

Frente al auxilio de transporte, aduce que sí era dable incluirlo en el IBC bajo la lógica del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, pues se trata de rubros frente a los cuales se pactó que no constituyen salario, y estos no pueden superar el 40% de la remuneración. En el mismo sentido, expresa que la citada norma no hace ninguna distinción respecto a la clase de pagos no salariales que deben sujetarse a sus reglas, por lo que no es posible excluirlos totalmente de la base de cotización, además, la ley tampoco indica que únicamente los pagos que remuneran directamente el servicio son los que deben tenerse en cuenta para los efectos de los aportes. Por lo tanto, concluye que era procedente considerarlos como no salariales, e incluirlos en el IBC para el

pago de aportes en salud, pensión y riesgos laborales cuando excedían en un 40% del total de la remuneración percibida por los trabajadores.

Sobre las bonificaciones, aclara que en cuanto a su naturaleza, el representante legal de la demandante, en la respuesta al requerimiento para declarar y/o corregir, se limitó a afirmar que se trataba de una bonificación por mera liberalidad, sin embargo, no allegó nuevos elementos de juicio que le permitieran desvirtuar la naturaleza salarial endilgada en el acto administrativo discutido ni esclarecer la naturaleza de ese concepto, sin dejar de lado que en la nómina de salarios, los pagos de bonificaciones se efectuaron más de una vez dentro de la vigencia fiscalizada, por lo que no pueden considerarse ocasionales.

Finalmente, argumenta que la sanción por inexactitud impuesta está conforme a derecho, ya que se configuran los presupuestos establecidos en el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, norma especial tratándose de contribuciones parafiscales de la protección social.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDADA /fls. 305-314/: manifestó ratificar lo expuesto en el escrito de contestación de la demanda, en especial, lo relacionado con los conceptos que no tuvieran carácter salarial, que deben ser tenidos en cuenta en el IBC cuando superen el 40% de la remuneración total de los trabajadores, por lo que los cálculos efectuados en los actos demandados son correctos. Insiste que la parte actora no demostró dentro de la actuación administrativa, que las bonificaciones pagadas a los empleados no tuvieran naturaleza salarial, pues no se hallan incluidas en los pactos de exclusión salarial y tampoco fueron ocasionales, pues fueron canceladas más de una vez al año. Y sobre los demás pagos, anota que no hay lugar a modificar los actos demandados, pues la empresa no acreditó que hubieran sido hechos a terceros, más aún cuando le corresponde la carga de la prueba en materia de tributación.

PARTE DEMANDANTE /fls. 318-321/: en armonía con lo expresado en la demanda, manifestó que la UGPP interpreta de forma errónea el contenido del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, al definir que todo pago no salarial que supere el 40% del total de la remuneración de los trabajadores, debe integrar el Ingreso Base de Cotización (IBC). Por ende, ratifica que la entidad demandada erró al incluir dentro de la base de cotización, los pagos relacionados con el auxilio de transporte, las bonificaciones y los dineros reembolsados a los conductores por los gastos que asumieron en transporte, alojamiento, alimentación y cargues y descargues, conceptos que reitera, no contribuyen a acrecentar el patrimonio del trabajador, porque se trata de gastos en los que deben incurrir para realizar sus labores.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora se anulen la Liquidación Oficial RDO 2017-03755 de 8 de noviembre de 2017 y la Resolución RDC 2018-01375 de 29 de octubre de 2018, emanada de la UGPP, y en consecuencia, se disponga la firmeza de las autoliquidaciones privadas que presentó en el año 2013, y se elimine la sanción por inexactitud.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con los planteamientos de los extremos procesales, los problemas jurídicos a dilucidar son los siguientes:

- *¿Qué conceptos de pago deben ser incluidos en el Ingreso Base de Cotización para aportes a seguridad social y parafiscales del personal de ORLEANS S.A. para el año 2013, según lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010?*
- *¿Procedía la sanción por inexactitud impuesta a ORLEANS S.A.?*

En caso afirmativo:

- ***¿Es procedente la reliquidación de la sanción por inexactitud?***

(I)

LAS CONTRIBUCIONES PARAFISCALES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

El artículo 48 Superior consagra la seguridad social indicando que, *“es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.”*.

Por su parte, la Ley 789 de 2002¹, definió el sistema de protección social como *“el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a: la salud, la pensión y al trabajo”*. Está integrado por una serie de subsistemas que buscan, mediante instituciones y procedimientos, garantizar la calidad de vida, tales como, el Sistema de Seguridad Social Integral, el Sistema Nacional de Bienestar Familiar coordinado por el ICBF, el Sistema de Formación Profesional a cargo del SENA; y el Sistema de Compensación Familiar con sus componentes de subsidio familiar y otros servicios que prestan las cajas de compensación.

De otro lado, las contribuciones parafiscales son gravámenes obligatorios que no remuneran un servicio prestado por el Estado y únicamente afectan a un grupo social o económico determinado; tienen una destinación específica en cuanto se utilizan para el beneficio del sector que las soporta y son administradas por órganos que hacen parte de ese mismo renglón social o económico. En el caso de las contribuciones destinadas a la protección social,

¹ “Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo”.

financian y propenden por el bienestar laboral, social y económico, y se concretan en los aportes destinados al SENA, ICBF y las cajas de compensación familiar, así como los que se hacen al sistema general de seguridad social integral, en los subsistemas de salud, pensión y riesgos laborales.

Sobre sus características, la Corte Constitucional² ha precisado:

“(…) las rentas parafiscales constituyen un instrumento para la generación de ingresos públicos, representadas en aquella forma de gravamen que se establece con carácter impositivo por la ley para afectar a un determinado y único grupo social o económico, y que debe utilizarse en beneficio del propio grupo gravado. De acuerdo con la concepción jurídica de este tipo de tributo, son características de los recursos parafiscales su obligatoriedad, en cuanto se exigen como los demás tributos en ejercicio del poder coercitivo del Estado; su determinación o singularidad, en cuanto sólo grava a un grupo, sector o gremio económico o social; su destinación específica, en cuanto redunda en beneficio exclusivo del grupo, sector o gremio que los tributa; su condición de contribución, teniendo en cuenta que no comportan una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, su naturaleza pública, en la medida en que pertenecen al Estado aun cuando no comportan ingresos de la Nación y por ello no ingresan al presupuesto nacional; su regulación excepcional, en cuanto así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 de la Carta; y su sometimiento al control fiscal, ya que por tratarse de recursos públicos, la Contraloría General de la República, directamente o a través de las contralorías territoriales, debe verificar que los mismos se inviertan de acuerdo con lo dispuesto en las normas que los crean. (…)”

² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-655 de cinco (5) de agosto de 2003. Rad. D-4433 .M.P. Rodrigo Escobar Gil.

El Consejo de Estado también se ha referido a esta especialidad de los tributos³:

“(…) Son rentas de carácter parafiscal en tanto comportan contribuciones obligatorias de naturaleza pública, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que no ingresan al presupuesto nacional, que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población, y que deben ser utilizadas para financiar globalmente los servicios que se prestan y para ampliar su cobertura”.

(II)

**EL INGRESO BASE DE COTIZACIÓN
PARA APORTES AL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL**

El Ingreso Base de Cotización (IBC) constituye el parámetro o monto de los ingresos del trabajador sobre el cual se calculan los aportes, que, por disposición legal, deben efectuarse tanto al Sistema General de Seguridad Social Integral, como al SENA, al ICBF y a las cajas de compensación familiar. El inciso 2° del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 expresamente remite la regulación y características del Ingreso Base de Cotización a los preceptos contenidos en el Código Sustantivo del Trabajo, cuando se trata de relaciones laborales con particulares, bajo el siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 18. BASE DE COTIZACIÓN. El salario base de cotización para los trabajadores particulares, será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo”.

Dicha codificación, precisamente en el artículo 127 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia veintiuno (21) de febrero de 2019. Rad. 25000-23-37-000-2014-00688-01(23123). M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, **sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte**, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.” /Resaltado y subrayas de la Sala/.

Complementariamente, el precepto 128 *ibídem* determinó las características con las que debe contar determinado concepto de pago, para que no constituya o haga parte del salario devengado por un trabajador, previendo:

“ARTÍCULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador**, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria **y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones**, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. **Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie**, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.” /Resaltado y subrayas de la Sala/.

Entre tanto, el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, establece que en virtud del citado artículo 128 del estatuto sustantivo laboral, los pactos entre

empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no se incluyen en la base para liquidar tanto los aportes a la seguridad social establecida en la Ley 100 de 1993, como las contribuciones parafiscales. Reza dicho mandato legal:

“ARTÍCULO 17. Por efecto de lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, se entiende que los acuerdos entre empleadores y trabajadores sobre los pagos que no constituyen salario y los pagos por auxilio de transporte no hacen parte de la base para liquidar los aportes con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Régimen del Subsidio Familiar y contribuciones a la seguridad social establecidas por la Ley 100 de 1993. (...)” /Resaltado y subrayas de la Sala/.

Así, de acuerdo al marco normativo referenciado líneas atrás, en principio, no hacen parte de la base de cotización con destino a la Seguridad Social: (i) los pagos que recibe el trabajador ocasionalmente y por mera liberalidad de su empleador; (ii) lo que recibe en dinero o en especie para desempeñar a cabalidad sus funciones, y que por ende, no genera un beneficio ni incrementa el patrimonio del trabajador; (iii) las prestaciones sociales; (iv) aquellos beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario y finalmente, (v) el auxilio de transporte.

Sin embargo, la Ley 1393 de 2010, *“Por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones”*, en su precepto 30 estableció lo siguiente:

“Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.” /Destaca el Tribunal/.

Sobre este punto, el Consejo de Estado se pronunció en sentencia de veinticuatro (24) de octubre de 2019, con ponencia del Magistrado Jorge Octavio Ramírez Ramírez⁴, sosteniendo:

“(…) De ahí que es contrario al entendimiento del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, decir que lo que no es constitutivo de salario no debe tenerse en cuenta para efectos del IBC, cuando la norma expresamente dice que solo para efectos de salud y pensiones debe tenerse en cuenta todo aquel factor que no constituye salario, que supere el 40% de la remuneración total del trabajador.

La norma busca precisamente limitar o fijar como tope máximo para efectos de depurar el IBC el 40% de la remuneración total, como se infiere del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 que explícitamente dispuso que únicamente para efectos de la cotización a pensión y salud de que tratan los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, “los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración”.

Significa que los pagos que no constituyen salario que excedan el 40% del total de la remuneración, sí deben incluirse en el Ingreso base de Cotización de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social,

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia veinticuatro (24) de octubre de 2019. Rad. 25000-23-37-000-2015-00811-01(24085). M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

aunque no en la base de cotización de aportes parafiscales Sena, ICBF, Cajas de Compensación y Subsidio Familiar. (...) /Destacado de la Sala/”

Empero, no es posible computar en el ingreso base de cotización, las sumas que el empleador ha puesto a disposición de sus trabajadores, derivadas únicamente de costos operacionales en la actividad social de la empresa, pues dichos pagos no son en beneficio del empleado, ni ingresan a su patrimonio.

En resumen, educe esta colegiatura que (i) únicamente para aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en salud y pensión, el Ingreso Base de Cotización -IBC- estará conformado por los pagos que tengan el carácter salarial, junto con todos aquellos pagos no constitutivos de salario realizados al trabajador que excedan el 40% del total de la remuneración, en virtud del pluricitado artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, exceptuando los valores consignados con el fin de reembolsar o cubrir los pagos o servicios que representan gastos operacionales del empleador; (ii) para los demás aportes, el Ingreso Base de Cotización -IBC- estará integrado únicamente por los conceptos que sí constituyen salario derivados de estipulaciones contractuales y mandatos legales.

ANTECEDENTE DE ESTE TRIBUNAL

Este criterio ya ha sido acogido por este Tribunal en casos con similares ribetes fácticos. En fallo de 6 de diciembre de 2019, con ponencia del Magistrado Dohor Edwin Varón Vivas (Exp. 2017-00147-00):

“(…) Todas las erogaciones efectuadas en el marco de la relación laboral entre Confamiliares y sus empleados a favor de estos últimos **y que no constituyan salario, se encuentran limitadas a un 40% del ingreso mensual, y en caso de que este tipo de emolumentos superen dicho límite, el exceso deberá hacer parte del I.B.C. para efectos de aportes salud y pensiones;** sin

embargo en este monto no pueden ser incluidos descuentos a empleados o sumas que fueron puestas a disposición de un empleado únicamente con la finalidad de sufragar gastos operacionales del empleador, dado que no constituyen pagos a favor del empleado (...).

En tal sentido, no puede incluirse para el cómputo del ingreso base de cotización como si de un pago laboral se tratase, aquellas sumas que el empleador ha puesto a disposición de sus trabajadores, únicamente con el fin de hacer pagos por conceptos operacionales en el giro ordinario de la empresa, pues dichos rubros no son en beneficio del empleado, ni ingresan por modo alguno a su patrimonio. (...)” /Resaltado de esta Sala/

EL CASO CONCRETO

En el presente asunto se encuentra acreditado lo siguiente:

- La UGPP, por conducto del Subdirector de Determinación de Obligaciones de la Dirección de Parafiscales por Mora e Inexactitud en las Autoliquidaciones y Pagos de los Aportes al Sistema de Protección Social, profirió la Liquidación Oficial RDO 2017-03755 el 8 de noviembre de 2017, con la cual modificó las autoliquidaciones correspondientes a aportes parafiscales del personal incluido en nómina de la empresa ORLEANS S.A. para 2013, con un saldo a pagar por \$ 90'110.900 y una sanción por inexactitud en cuantía de \$51'892.140 /fls. 59-84 cdno 1/.
- El acto de liquidación oficial fue recurrido por ORLEANS S.A., por lo que el 29 de octubre de 2018, el Director de Parafiscales de la UGPP resolvió imprimirle confirmación a través de la Resolución N° RDC 2018-01375, /fls. 40-55 cdno 1/.

- Obran de folios 137 a 186 del cuaderno 1 y en medio magnético /fl. 2 cdno 2/, los soportes de costos y deducciones, las facturas de venta y comprobantes de pago y recibos de caja menor de ORLEANS S.A.
- Así mismo, fue aportado el soporte contable de la Liquidación Oficial RDO 2017-03755 de 8 de noviembre de 2017, como parte de los antecedentes administrativos del proceso de fiscalización /fl. 2 cdno 2/ /Archivo '201515200580067451542228532416.xlsx'/.

En ese orden, la UGPP a través de los actos administrativos demandados, concluyó que ORLEANS S.A. efectuó aportes al sistema de protección social por valores inferiores a los que se encontraba obligada, pues desconoció rubros salariales en el IBC, y que los pagos efectuados a sus trabajadores por diversos conceptos no salariales, debían limitarse al 40% de la remuneración total.

El primer concepto refutado por la empresa aportante, fue la consideración del auxilio de transporte como factor salarial a efectos de incluirlo en el Ingreso Base de Cotización (IBC) para cotizar al sistema de la protección social.

Una vez revisado el soporte contable de la Liquidación Oficial RDO 2017-03755 de 8 de noviembre de 2017, obrante en los antecedentes administrativos del proceso de fiscalización /fl. 2 cdno 2/ /Archivo '201515200580067451542228532416.xlsx'/, se concluye que, contrario a lo afirmado por la parte actora, el auxilio de transporte fue considerado por parte de la UGPP como un concepto no constitutivo de salario, no obstante, si hace parte de la delimitación del tope establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 para los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, no así para los demás subsistemas.

Como ya se abordó en líneas precedentes, el IBC para cotizar a salud y a pensión, se ha de calcular sobre los valores de naturaleza salarial, junto con todos aquellos pagos no constitutivos de salario realizados al trabajador (como lo es el auxilio de transporte), que excedan el 40% del total de la

remuneración, en virtud del pluricitado artículo 30 de la Ley 1393 de 2010; y frente a los demás aportes (SENA, ICBF), el IBC únicamente debe considerar valores que constituyan salario, tal como lo efectuó la UGPP con el auxilio de transporte en los actos acusados de nulidad.

En cuanto a las bonificaciones denominadas ‘salariales’ y ‘trabajadores’, la actora precisó que se trata de pagos efectuados por mera liberalidad, entre tanto, la UGPP, si bien reconoce en los actos demandados las ‘bonificaciones trabajadores’ como no constitutivas de salario, alega que las ‘bonificaciones salariales’ tienen el carácter de habituales y deben incluirse como parte de los ingresos laborales, y por ende, como rubro para liquidar el Ingreso Base de Cotización (IBC).

Como también lo anotó el Tribunal, el máximo órgano de lo contencioso administrativo⁵ ha insistido que las bonificaciones ocasionales otorgadas por mera liberalidad del empleador no constituyen factor salarial por mandato legal, sin que se requiera de acuerdo entre las partes, por su parte, con fundamento en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, tampoco son salario las bonificaciones o beneficios, *-sean ocasionales o habituales-*, siempre que sean extralegales y que las partes expresamente acuerden que no hacen parte del salario.

La Sala advierte que, en efecto, las citadas ‘bonificaciones salariales’ no aparecen enunciadas en las cláusulas de los contratos de trabajo /fl. 2 cdno 2/ /Archivo ‘CONTRATOS’/ ni en convenciones colectivas, como excluidas de los ingresos de los trabajadores, y teniendo en cuenta que correspondía a ORLEANS S.A. acreditar que dichos pagos se hallaban por fuera de la base salarial en virtud de pacto de exclusión o algún otro motivo, se concluye que sí debían formar parte de la base de liquidación de los aportes.

Finalmente, frente al ítem denominado ‘Otros pagos no detallados en nómina’, discute la nulidiscente que tampoco podían incluirse en la base de liquidación de los aportes a seguridad social, por tratarse de costos de

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 6 de agosto de 2014, exp. 20030, M.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

operación de la empresa, y no de rubros destinados a enriquecer el patrimonio de los empleados.

En este orden, la parte actora plantea, que debido al objeto social de la empresa (logística y transporte de mercancías) y a la poca disponibilidad de servicios, se deben efectuar gastos con personas que no están obligadas a expedir facturas o documentos equivalentes, como restaurantes, alojamientos y servicios de ‘cargue y descargue’ de camiones. Sin embargo, con fines de determinación de tributos, las normas especiales en materia prescriben la obligación de tener los hechos y valores declarados, debidamente soportados; en términos del artículo 742 del Estatuto Tributario:

“ARTICULO 742. LAS DECISIONES DE LA ADMINISTRACIÓN DEBEN FUNDARSE EN LOS HECHOS PROBADOS. <Fuente original compilada: L. 52/77 Art. 32> La determinación de tributos y la imposición de sanciones deben fundarse en los hechos que aparezcan demostrados en el respectivo expediente, por los medios de prueba señalados en las leyes tributarias o en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto éstos sean compatibles con aquellos.”

Y frente a la carga probatoria en materia tributaria el Consejo de Estado⁶ ha definido lo siguiente:

“(…) El artículo 746 del E.T. prescribe que “se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos, no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija”. La norma citada consagra una presunción legal que admite prueba en contrario o mejor a demostrar como cierto el hecho declarado, una vez así se lo exija la autoridad tributaria. En

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 12 de marzo de 2012, exp. 17734, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

consecuencia, los hechos que el contribuyente refleja en la declaración privada o en la que la corrige, así como los que manifieste con ocasión de la respuesta a los requerimientos de la Administración gozan de presunción de certeza. Sin embargo, el contribuyente está obligado a demostrar “el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, o mejor, a demostrar los hechos que expuso como ciertos en las declaraciones tributarias. Pero, la carga probatoria que tienen las autoridades tributarias no merma o limita la que le corresponde a los contribuyentes. De hecho, en materia tributaria opera, de manera relativa, la carga dinámica de la prueba, en el entendido de que es el contribuyente el que se encuentra en posición privilegiada para probar el hecho económico declarado y, por lo tanto, está en condiciones de allegar la prueba respectiva del hecho controvertido y alegado por la autoridad tributaria. (...)”

En relación con los costos, deducciones e impuestos descontables, el Estatuto Tributario establece que para que procedan deben constar en un documento como medio de prueba y con el lleno de los requisitos establecidos. En este sentido, el canon 771-2 del mismo estatuto, establece en su tenor literal:

“ARTICULO 771-2. PROCEDENCIA DE COSTOS, DEDUCCIONES E IMPUESTOS DESCONTABLES. Cuando no exista la obligación de expedir factura o documento equivalente, el documento que pruebe la respectiva transacción que da lugar a costos, deducciones o impuestos descontables, deberá cumplir los requisitos mínimos que el Gobierno Nacional establezca.”

Y en punto a los requisitos mínimos, la Sala acude al artículo 1.6.1.4.44 del Decreto 1625 de 2016 que los consagra:

“ARTÍCULO 1.6.1.4.44. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE COSTOS, DEDUCCIONES

E IMPUESTOS DESCONTABLES POR OPERACIONES REALIZADAS CON NO OBLIGADOS A FACTURAR. De conformidad con lo estipulado en el inciso 3° del artículo 771-2 del Estatuto Tributario, el documento soporte para la procedencia de costos, deducciones e impuestos descontables por operaciones realizadas con personas no obligadas a expedir facturas o documento equivalente, será el expedido por el vendedor o por el adquirente del bien y/o servicio, y deberá reunir los siguientes requisitos:

1. Apellidos y nombre o razón social y NIT de la persona o entidad beneficiaria del pago o abono.

2. Fecha de la transacción.

3. Concepto.

4. Valor de la operación.

5. La discriminación del impuesto generado en la operación, para el caso del impuesto sobre las ventas descontable.”

/Resalta la Sala/.

Una vez analizadas las pruebas y soportes allegados con el libelo introductor /fls. 138-180/, advierte el Tribunal que se trata de numerosos recibos de caja menor, los cuales, a la luz del marco normativo y jurisprudencial planteado, no cumplen con los requisitos para su procedencia como costos de operación, pues no constan los apellidos y nombres o razón social y NIT de la persona o tercero beneficiario del pago o abono, por el contrario, únicamente dan fe de que los pagos fueron efectuados a favor de ciertos trabajadores de ORLEANS S.A. Por ende, al no existir acreditación sobre los terceros destinatarios de dichos pagos en los términos exigidos por la legislación tributaria, no podían ser excluidos del total de la remuneración susceptible de delimitación del tope del I.B.C, establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010.

Resulta oportuno agregar, en armonía con lo expuesto, que para este Tribunal es claro que los valores puestos a disposición de los trabajadores para cubrir

gastos operacionales de la empresa, tales como transporte, alojamiento, o servicios de carga y descarga de los camiones no ostentan naturaleza salarial, y de llegar a acreditarse su existencia, no deben hacer parte del I.B.C. con destino al sistema de seguridad social. No obstante, también es claro que la carga de dicha acreditación corresponde a la parte actora, quien tiene la información contable y los registros de dichas operaciones comerciales.

Lo anterior emerge oportuno en la medida que como se mencionó, este Tribunal analizó un caso similar (Exp. 2017-00147-00), en el cual sí accedió a un cargo de nulidad como el que ahora se plantea, precisamente, porque en esa oportunidad la parte demandante logró acreditar cabalmente mediante un dictamen pericial contable, que los gastos incluidos en el acto de liquidación oficial por la UGPP correspondían a pagos efectuados en favor de terceros y no de sus empleados, situación que según lo expuesto, riñe con lo que ocurre en el sub lite, en el que el material probatorio es precario en este aspecto.

En conclusión, la Sala no halla eco de prosperidad en los cargos de anulación planteados por ORLEANS S.A. frente a los actos de liquidación oficial, por el contrario, encuentra que la hermenéutica que la UGPP hizo del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 y los topes allí planteados, se aviene a la postura jurisprudencial del Consejo de Estado y esta corporación en casos similares, por lo que habrá de validarse por esta instancia judicial.

(III)

LA SANCIÓN POR INEXACTITUD

Finalmente, sostiene ORLEANS S.A. que de acuerdo con el artículo 647 del Estatuto Tributario, no le asiste razón a la administración tributaria en cuanto a la imposición de la sanción por inexactitud, pues la conducta de la contribuyente no encaja en las previsiones de tal precepto, ni observa prueba que acredite que los desembolsos no corresponden a los soportes contables.

Sin embargo, el artículo 179 de la Ley 1607 de 2012, en su tenor literal vigente para la fecha del periodo en discusión -año 2013- señalaba:

“ARTÍCULO 179. La UGPP será la entidad competente para imponer las sanciones de que trata el presente artículo y las mismas se aplicarán sin perjuicio del cobro de los respectivos intereses moratorios o cálculo actuarial según sea el caso.

...

2. El aportante que corrija por inexactitud las autoliquidaciones de las Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, sin que medie Requerimiento de Información de la UGPP, deberá liquidar y pagar una sanción equivalente al 5% del mayor valor a pagar, que se genere entre la corrección y la declaración inicial.

Cuando la UGPP notifique el primer Requerimiento de Información, la sanción aumentará al 20%.

Cuando la UGPP notifique el Requerimiento para Corregir, la sanción aumentará al 35%.

Si la UGPP notifica Liquidación Oficial y determina el valor a pagar a cargo del obligado, impondrá sanción equivalente al 60% de la diferencia existente entre los aportes declarados y dejados de declarar. (...”).

En virtud de lo expuesto, se observa que la conducta desplegada por ORLEANS S.A, efectivamente se enmarca dentro de los supuestos determinados por el legislador como sancionable en precepto parcialmente reproducido, como lo es la existencia de una diferencia de valores entre los aportes declarados y los dejados de declarar, como consecuencia de tomar como pagos no laborales conceptos que constituían salario, e igualmente, desatender la limitación establecida por el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, frente a la inclusión en el IBC de pagos de naturaleza no salarial que superen el 40% de la remuneración total de sus empleados, con destino a aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensiones.

Además, como acertadamente lo anotó la UGPP en su tesis de defensa, la Ley 1607 de 2012 era a la sazón norma especial tratándose del procedimiento de determinación del valor de los aportes al sistema de seguridad social, por lo que los planteamientos de nulidad basados en el artículo 1607 del Estatuto Tributario no tienen vocación de prosperidad.

En virtud de lo anterior, se negarán las pretensiones de la parte demandante.

COSTAS.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437/11, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas a la parte demandante.

Las agencias en derecho, se fijan en el 3% de lo pretendido, a cargo de la parte demandante y a favor de la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

NIÉGANSE las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la **ORGANIZACIÓN LOGÍSTICA EMPRESARIAL ANDINA S.A. - ORLEANS S.A.** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.**

COSTAS a cargo de la parte actora, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso.

FÍJANSE las agencias en derecho en el 3% de lo pretendido, a cargo de la parte demandante y a favor de la parte accionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausentes con permiso)

17001-33-33-003-2021-00249-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 527

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por el señor Juez 3° Administrativo de Manizales para conocer del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **AUGUSTO RAMÍREZ SANTA** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N° 02 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales le fue negado el reconocimiento y reliquidación salarial con la inclusión de la prima especial prevista en la Ley 4ª de 1992. A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad accionada a reliquidar los salarios y prestaciones percibidas teniendo en cuenta la prima especial del 30% prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª/92.

EL IMPEDIMENTO

El señor Juez 3° Administrativo de Manizales, doctor **JUAN GUILLERMO ÁNGEL TREJOS**, manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, puesto que, en su sentir, tiene interés indirecto en los resultados del proceso puesto que resultaría indirectamente beneficiado en la medida en que se acceda a las pretensiones de la demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. Los numerales 1 y 5 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

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

(...)

¹ Consejo de Estado_- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.”.

La “prima especial” que pretende la parte nulidiscente se encuentra prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992:

“El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

(...)” /Negrillas de la Sala/.

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

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuer que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

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

RESUELVE

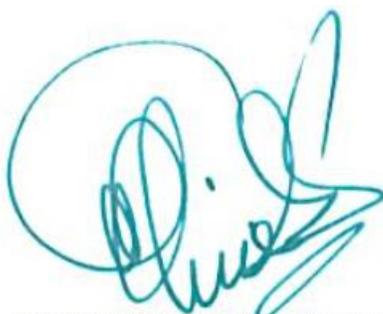
ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por el **JUEZ 3° ADMINISTRATIVO DE MANIZALES**, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor **AUGUSTO RAMÍREZ SANTA** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuerz que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de **DICIEMBRE** de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

17-001-33-39-007-2022-00015-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, diecisiete (17) de **NOVIEMBRE** dos mil veintitrés (2023)

S. 219

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** (el Dr. **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ANGELA TATIANA HERRERA BELTRÁN** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 186 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N° 14 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INPETA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 13, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 27 del expediente electrónico.

Como razón de la decisión, explicó la jueza que la parte actora está cobijada 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, y por ende, excluida del 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 tratarse 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.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 29, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N° 4 del cuaderno digital N° 2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetra se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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

del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

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

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

...

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

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

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

Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones
Sociales del Magisterio”.

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

(II)

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

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

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

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

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

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del

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

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

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

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

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

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

órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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):

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

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

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

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

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

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

*ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

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

CASO CONCRETO

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 22 del documento PDF N° 5 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ANGELA TATIANA HERRERA BELTRÁN** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la

demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

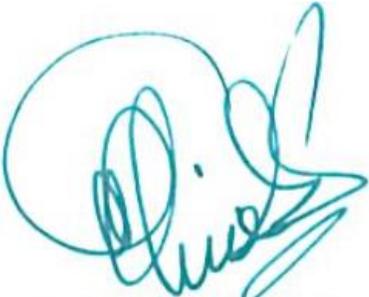
RECONCÓCESE personería a las abogadas SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y JOHANNA MARCELA ARISTIZABAL URREA (C.C. N° 10 75'262.068y T.P. N° 299.261) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 5-6 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Ausente, con permiso

17-001-33-39-007-2022-00071-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE dos mil veintitrés (2023)

S. 220

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN (el Dr. PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor JUAN CARLOS GALVIS ARIAS dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FNPSM) y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 544 de 22 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N° 12 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INPETA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 13, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 23 del expediente electrónico.

Como razón de la decisión, explicó la jueza que la parte actora está cobijada 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, y por ende, excluida del 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 tratarse 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.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 25, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

**(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES**

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 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/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

“Artículo 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 8° del presente decreto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

Finalmente, se anota que el Consejo Directivo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO profirió el Acuerdo N° 39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses*

a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

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

(II)

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

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

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

1ª. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o

por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

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

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

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

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

Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 27 del documento PDF N° 5 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JUAN CARLOS GALVIS ARIAS** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

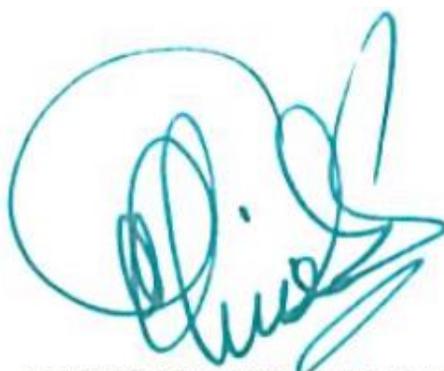
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqstrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

17-001-33-39-007-2022-00078-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE dos mil veintitrés (2023)

S. 221

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN (el Dr. PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **CARIDAD MONTAÑO PORTOCARRERO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 729 de 12 de octubre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N° 12 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INPETA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 11, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 23 del expediente electrónico.

Como razón de la decisión, explicó la jueza que la parte actora está cobijada 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, y por ende, excluida del 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 tratarse 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.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 25, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

**(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES**

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

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

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

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

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

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías, *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

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

del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en Sentencia C-928 de 2006⁴, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CASO CONCRETO

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 29 del documento PDF N° 5 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **CARIDAD MONTAÑO PORTOCARRERO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

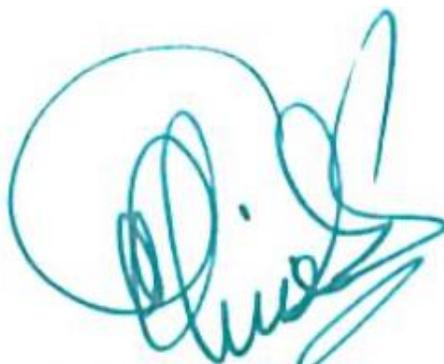
Respecto a la sustitución de poder a la abogada LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ (PDF N° 5-6 CDNO. 2), no hay lugar a hacer pronunciamiento alguno, ya que no fue aportado el poder general conferido a la abogada MILENA LYLYAN RODRIGUEZ CHARRIS.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausente con permiso)

17-001-33-39-007-2022-00079-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE dos mil veintitrés (2023)

S. 222

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, y AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN (el Dr. PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora LIBIA INÉS ORTIZ GONZÁLEZ dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 273 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

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

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INPETA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’.

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 24 del expediente electrónico.

Como razón de la decisión, explicó la jueza que la parte actora está cobijada 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, y por ende, excluida del 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 tratarse 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.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 26, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con el escrito que obra en el documento PDF N°7 del cuaderno 2, el Procurador Judicial indica que las pretensiones de la parte actora no están llamadas a ser acogidas, aduciendo que, el régimen especial de cesantías de los docentes afiliados al FOMAG, excluye la aplicabilidad de regímenes diferentes frente a lo solicitado y bajo el principio favorabilidad. Esto, en virtud de la inescindibilidad normativa. Por lo tanto, estima que a la parte actora no le son aplicables en su favor las sanciones previstas por consignación tardía de las cesantías regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de que trata el artículo 1° de la Ley 52 de 1975.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público

educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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

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

Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarrearán las sanciones

administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar.

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

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

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

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

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales, el cálculo para determinar el valor a girar por concepto de aportes de ley se realizará con base en la información que de cada ente territorial

reposa en la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y las novedades reportadas. En el caso de los denominados docentes Nacionales y Nacionalizados se tomará como base de cálculo la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de

1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

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

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

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

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

de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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

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

de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

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

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

manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 26 del documento PDF N° 5 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LIBIA INÉS ORTIZ GONZÁLEZ** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

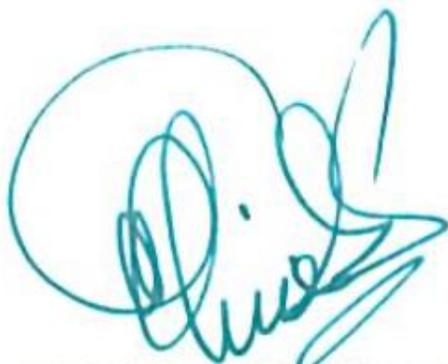
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausente con permiso)

17-001-33-39-007-2022-00139-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, diecisiete (17) de **NOVIEMBRE** dos mil veintitrés (2023)

S. 223

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** (el Dr. **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 7º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JUAN ALBERTO ROBLEDO MEDINA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 604 de 12 de octubre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N° 10 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INPETA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 9, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 7ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 18 del expediente electrónico.

Como razón de la decisión, explicó la jueza que la parte actora está cobijada 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, y por ende, excluida del 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 tratarse 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.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 20, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N° 4 del cuaderno digital N° 2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetra se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

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

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales,

nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 2°. Hasta tanto se disponga de la información reportada por los entes territoriales,

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

día de retardo (...)” /Resaltado fuera del texto original/.

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

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

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

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

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

órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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):

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

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

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

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

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

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

*ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

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

CASO CONCRETO

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 23 del documento PDF N° 5 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 7° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JUAN ALBERTO ROBLEDO MEDINA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

RECONCÓCESE personería a las abogadas MILENA LILYAN RODRIGUEZ CHARRIS (C.C. N° 32'859.423 y T.P. N° 103.577) y LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ (C.C. N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 5-6 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
(Ausentes con permiso)

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

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

A. I. 423

RADICADO	17001-33-39-007-2022-00149-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	CLAUDIA MARÍA RAMÍREZ MONTOYA
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada en estrados el 20 de septiembre de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 03 de octubre de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 20 de septiembre de 2023.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 206

Fecha: 21 de noviembre de 2023

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

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

A. I. 424

RADICADO	17001-33-39-007-2022-00159-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	JAIME ANDRÉS OSORIO GÓMEZ
ACCIONADO	LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES DEL MAGISTERIO, DEPARTAMENTO DE CALDAS

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada en estrados el 20 de septiembre de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 03 de octubre de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, de conformidad con el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021), **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 20 de septiembre de 2023.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 206

Fecha: 21 de noviembre de 2023

17-001-33-39-006-2022-00337-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, diecisiete (17) de **NOVIEMBRE** dos mil veintitrés (2023)

S. 224

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** (el Dr. **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **ALEXANDER CIFUENTES ARANGO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del acto ficto configurado ante la falta de respuesta frente a la petición presentada el 28 de julio de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°9 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘COBRO DE LO NO DEBIDO’, ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, ‘GENÉRICA’, ‘FALTA DE RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA’, ‘CADUCIDAD’ y ‘BUENA FE’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N° 10, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; ‘BUENA FE’, atendiendo a que en lo que es de su

competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 19 del expediente electrónico.

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 21, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en

el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la

tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

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

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

...

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

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

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

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja

común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁵, 3 de

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

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

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

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

marzo⁶ y 19 de mayo de 2022⁷, sin embargo, anota esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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

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

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

se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

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

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

contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 15 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **ALEXANDER CIFUENTES ARANGO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

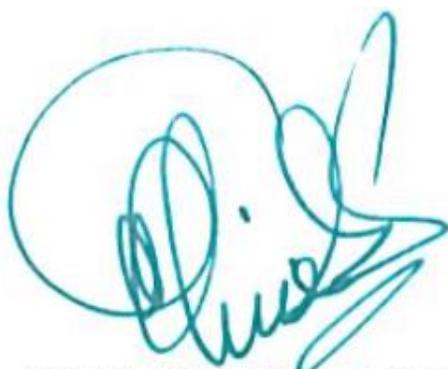
COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Maqistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausentes con permiso)

17-001-33-39-006-2022-00419-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, diecisiete (17) de **NOVIEMBRE** dos mil veintitrés (2023)

S. 225

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, y **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** (el Dr. **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA** se encuentra en permiso), procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ALCIRA DE JESÚS DÍAZ GRAJALES** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del acto ficto generado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 18 de julio de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°10 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, ‘CONSIGNACION DE INTERESES A LAS CESANTIAS PENDE DE REMISION DE LA LIQUIDACION DEL ENTE TERRITORIAL AL MEN- FOMAG.’, ‘IMPOSIBILIDAD FÁCTICA DE CONFIGURARSE LA CONSIGNACIÓN EXTEMPORANEA DE LAS CESANTIAS E INTERESES A LAS CESANTIAS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL FOMAG’, ‘PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD’, ‘INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS CESANTÍAS DEL FOMAG’, ‘PROCEDENCIA DE LA CONDENA EN COSTAS EN CONTRA DEL DEMANDANTE’ y ‘GENÉRICA’.

El **MUNICIPIO DE MANIZALES** se pronunció con el escrito que reposa en el documento PDF N°9, en el que planteó que resulta improcedente aplicar a ese ente territorial la sanción moratoria contenida en la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, toda vez que por tratarse de un docente estatal afiliado (a) 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 (como sí lo es el Fondo Nacional del Ahorro), las disposiciones que rigen su relación son las 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 FOMAG las cesantías y los 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.

Como excepciones, formuló las de 'INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO', 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA'; 'COBRO DE LO NO DEBIDO', 'ERRONEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE', 'CUMPLIMIENTO DE LAS DIRECTRICES OTORGADAS POR EL FOMAG A LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN - MUNICIPIO DE MANIZALES PARA EL PROCESO DEMANDADO', 'PRESCRIPCIÓN' y la 'GENÉRICA'.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 14 del expediente electrónico.

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

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

Al evaluar el caso concreto, precisó que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 16, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N° 9 del cuaderno digital N° 2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de

los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetra se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I) RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

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

A su turno, el Decreto 3752 de 2003 reglamentó el canon 81 de la Ley 812 la misma anualidad, que establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

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

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

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

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

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los

recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

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

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

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el

Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado³ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías

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

² “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo

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

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

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

Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

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

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

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

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

mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

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

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

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

<i>anual):</i> <u>\$400.000</u>	
---	--

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.» /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 17 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

Teniendo en cuenta que habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, se condenará en costas a la parte demandante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Las agencias en derecho en esta instancia, se

fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6° Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **ALCIRA DE JESÚS DÍAZ GRAJALES** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho en esta instancia, se fijan en 1 s.m.m.l.v, a cargo de la parte actora y a favor de la demandada, atendiendo lo dispuesto en el artículo 5° numeral 1 del Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

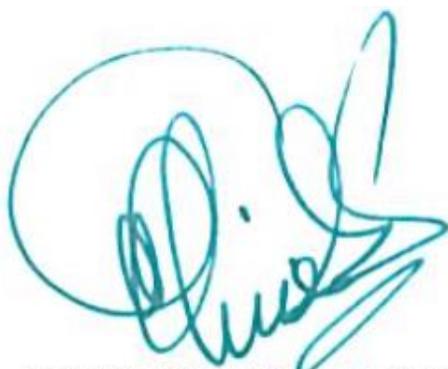
RECONÓCESE personería a las abogadas **SANDRA MILENA BURGOS BELTRAN** (C.C. 45'532.162 y T.P. 132.578), y **DIANA MARIA HERNANDEZ BARRETO** (C.C. N° 1.022'383.288 y T.P. N° 290.488), como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos de los memoriales que militan a folios 5 y 6 del cuaderno 2.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

(Ausentes con permiso)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

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

Medio De Control: Ejecutivo
Demandante: Agencia Nacional de Infraestructura - ANI
Demandados: Autopistas del Café y Otros
Radicado: 170023333000202230125-02
Acto Judicial: Auto interlocutorio 209

Antecedentes

Inicialmente la demanda fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado. El 26 de abril de 2023 dicha Corporación profirió auto que declara la falta de competencia para conocer por factor territorial¹². El proceso fue remitido a esta Corporación correspondiendo por reparto a este Despacho Judicial, para conocer de la demanda instaurada dentro del proceso de la referencia. En consecuencia, se analizará sobre la competencia para conocer del presente proceso.

El 3 de marzo del 2023, la Agencia Nacional de Infraestructura por conducto de apoderado judicial presentó demanda ejecutiva contra la Sociedad Autopistas del Café, a fin de que se acceda a las siguientes pretensiones, concerniente a: se libre orden de pago o mandamiento en contra de la sociedad Autopistas del Café SA por los rubros siguientes:

- (i) Por la suma de cuatro mil cuatrocientos ocho millones trescientos treinta y tres mil ochocientos treinta y nueve con ochenta y cuatro centavos (\$4.408.333.839,84 pesos) M/Cte, por concepto de las obligaciones dinerarias insolutas, por la no construcción de la Estación de Pesaje La María, respecto del pago ordenado en el numeral decimocuarto de la parte resolutive del Laudo arbitral proferido el 4 de marzo de 2018, que sirve como base de la ejecución.
- (ii) Por el valor de los intereses comerciales moratorios de conformidad con lo previsto en el numeral decimoquinto de la parte resolutive del Laudo arbitral proferido el 4 de marzo de 2018, que sirve como base de la ejecución, y en el artículo 886 del Código de Comercio.
- (iii) Se condene a la ejecutada al pago de costas y demás gastos que se originen con ocasión al presente proceso.

En este sentido, encontrándose el proceso para decidir sobre su admisión y analizado el asunto de la referencia, concluye el Tribunal Contencioso Administrativo que carece de competencia por el factor de territorio para conocer del mismo, por las siguientes:

Consideraciones

¹¹ Expediente digital 02expedienteRemiteTribunalCundinamarcaarchivo10Cuaderno principal_4_AUTO QUE REMITE PROCESO POR COMPETENCIA_10_AUTOQUEREMITEPROCESOPORCOMPETENCIA

Conforme a las pretensiones de la demanda la competencia por el factor funcional, objetivo y subjetivo de los Tribunales Administrativos en primera instancia se rige por el artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, misma que fue modificada por la Ley 2080 de 2021, de acuerdo a lo siguiente:

Concerniente a la competencia por el factor funcional, objetivo y subjetivo, conforme a las pretensiones de la demanda, de los Tribunales Administrativos, el artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021, reguló dicha competencia así:

“ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...)

De la ejecución de condenas impuestas o conciliaciones judiciales aprobadas en los procesos que haya conocido el respectivo tribunal en primera instancia, incluso si la obligación que se persigue surge en el trámite de los recursos extraordinarios. Asimismo, conocerá de la ejecución de las obligaciones contenidas en conciliaciones extrajudiciales cuyo trámite de aprobación haya conocido en primera instancia. En los casos señalados en este numeral, la competencia se determina por el factor de conexidad, sin atención a la cuantía.

Igualmente, de, los demás procesos ejecutivos cuya cuantía exceda de mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)”

Por otro lado, y con el fin de determinar la competencia por razón del territorio de los asuntos sometidos a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el artículo 156 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 31 de la Ley 2080 de 2021, así:

“4. En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales o en laudos arbitrales derivados de tales contratos, se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. (...).” rft.

De la norma en mención se concluye, que la competencia para avocar conocimiento de procesos ejecutivos por razón del territorio se debe establecer por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato.

En el caso sub examine, se observa que las pretensiones que se persiguen se originaron por las obligaciones contraídas en virtud de la decisión del Laudo Arbitral proferido el 4 de marzo de 2018, en el cual se resolvió la controversia originada en el Contrato de Concesión Número 0113 suscrito el 21 de 1997 entre INVIAS (hoy Agencia Nacional de Infraestructura) y Autopistas del Café S.A.

El objeto del contrato de Concesión es *“Realizar por el sistema de concesión los estudios y diseños definitivos, las obras de rehabilitación y de construcción, la operación y el mantenimiento y la prestación de los servicios del proyecto vial Armenia-Pereira-Manizales”*

Si bien, el objeto del contrato tiene lugar en los municipios de en Armenia (Quindío), Pereira (Risarcaldá) – Manizales (Caldas), la parte ejecutante pretende el pago de las obligaciones dinerarias por la falta de construcción de la Estación de Pesaje la María. Luego, conforme a lo estipulado en el Laudo Arbitral, se estipuló su ubicación entre el Estadio de Santa Rosa de Cabal y el sector de Guayabito, conforme a lo siguiente:

(...)

8.3. La Estación de Pesaje La María

“El contrato de Concesión No. 0113 de 1997 estableció en su Cláusula Primera la obligación por parte del Concesionario de ejecutar la operación de las vías que componen el proyecto, para el cual debía invertir en infraestructura de operación, caso concreto la instalación de una estación de pesaje, con el fin de controlar el paso vehicular de los vehículos de carga que transitan por las vías concesionadas. Inicialmente se pensó en construir una infraestructura que prestar diferentes servicios de operación como. zona de descanso. El predio opcionado para la construcción de la EPS La María fue ubicado entre el Estadio de Santa Rosa de Cabal y el sector de Guayabito. Sin embargo, la norma de uso del suelo y el PBOT del Municipio de Santa Rosa de Cabal no permitió la instalación de esta infraestructura debido a que el sitio seleccionado para construir la estación se encontraba dentro de una zona de manejo especial del municipio (...)”

Conforme a lo anterior, se colige que el lugar donde debió ejecutarse el contrato objeto de las pretensiones esto es, la construcción del Estación de Pesaje la María, se ubicaría entre Estadio de Santa Rosa de Cabal y el sector de Guayabito, este despacho carece de competencia para conocer del presente proceso por factor territorial.

En este sentido, se dará cumplimiento al artículo 168 ibidem, ordenando la remisión del expediente al Honorable Tribunal Administrativo de Risaralda, por ser competente para conocer de este asunto.

Por lo brevemente expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la falta de competencia por territorio para conocer de la demanda que en ejercicio del medio de control de acción Ejecutiva instaurada por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI en contra de Autopistas del Café y Otros.

SEGUNDO: REMITASE el expediente a la Oficina Judicial de la ciudad de Pereira-Risaralda para que sea repartido entre los Magistrados del Tribunal Administrativo de Risaralda.

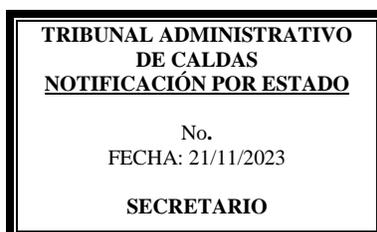
TERCERO: EJECUTORIADO el presente proveído, háganse las anotaciones del caso en el Sistema Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado



17001-33-33-003-2023-00128-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 529

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por el señor Juez 3° Administrativo de Manizales para conocer del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CLAUDIA PATRICIA HENAO OVIEDO** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N°01 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, declarar la nulidad de los actos administrativos con los cuales se negó el reconocimiento de la bonificación judicial, consagrada en el Decreto 382 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada reconocer, liquidar y pagarla mentada bonificación con la inclusión en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibe como servidora de la Fiscalía General de la Nación.

EL IMPEDIMENTO

El señor Juez 3° Administrativo de Manizales, doctor **JUAN GUILLERMO ÁNGEL TREJOS**, manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultados del proceso, dado que en similares términos a los demás jueces administrativos percibe mensualmente el factor denominado bonificación judicial.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

“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.” /Se subraya/.

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 382 de 2013 cuyo artículo 1º establece: *“Creáse para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por 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”.*

En el sub-lite, el señor Juez Administrativo manifiesta que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tendría el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala se encuentra fundado, toda vez que el Decreto 382 de 2013 establece la bonificación judicial para los empleados de la Fiscalía General de la Nación en idénticos términos contemplados con respecto a la misma bonificación para los empleados de la Rama Judicial el Decreto 383 de 2013; además, unos y otros servidores hacen parte de la misma Rama del Poder Público, y la voluntad del Estado al otorgar el beneficio económico se fundamentan en una misma fuente o causa, tal como se desprende de ambos Decretos, lo que originaría que las mismas razones que se invocan por los servidores de la Fiscalía están irremediamente atados a las pretensiones que tienen a quienes cobija el segundo de los esquemas dispocionales mencionados. Veamos la redacción en ambos Decretos, dictados en la misma fecha:

Para la FISCALÍA	Para “Rama Judicial”(sic)
DECRETO 0382 DE 2013 (Marzo 06) <i>Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.</i>	DECRETO 0383 DE 2013 (Marzo 06) <i>Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia</i>

<p>EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,</p> <p>en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992,</p> <p>DECRETA:</p> <p>ARTÍCULO 1. Créase (sic) para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por 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.</p> <p>La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° 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 la siguiente tabla:</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>PARAGRAFO. 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.</p>	<p><i>Penal Militar y se dictan otras disposiciones.</i></p> <p>EI PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,</p> <p>en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992,</p> <p>DECRETA:</p> <p>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.</p> <p>La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° 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:</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>PARAGRAFO. 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</p>
--	---

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>ARTÍCULO 2°. Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un</p>	<p>consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>ARTÍCULO 2°. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los</p>
---	---

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 el decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3. 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 4. 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 5. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.

Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto 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 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3. 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 4. 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 5. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.

En este orden, no puede el juez ceñirse a la simple literalidad de los decretos (Fiscalía/Rama Judicial), para hallar una diferenciación de trato entre unos y otros, pues lo que los Decretos lo que buscaron fue establecer precisamente un tratamiento igual para ambos servidores de la justicia, conjugándose que todos son funcionarios de este estamento y persiguen unas mismas finalidades.

Halla entonces esta Sala Plural la imposibilidad de escindir por la sola diferenciación numérica de los Decretos, o de la mera sectorización del mismo rubro económico, que no pueda estar afectada la imparcialidad del operador judicial, máxime cuando sobre el mismo hay o existe la potencialidad de hacerse acreedor a aquel.

En consecuencia, se declarará fundado el impedimento manifestado, y por considerarse común a todos los jueces, se procederá a designar el Conjuez que continúe conociendo de la causa, por lo que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuez que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por el **JUEZ 3º ADMINISTRATIVO DE MANIZALES**, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora **CLAUDIA PATRICIA HENAO OVIEDO** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de **DICIEMBRE** de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

17001-33-33-002-2023-00157-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 528

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la Jueza 2ª Administrativa de Manizales para conocer del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JORGE MARIO VARGAS AGUDELO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N° 02 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales le fue negado el reconocimiento y reliquidación salarial con la inclusión de la prima especial prevista en la Ley 4ª de 1992. A título de restablecimiento del derecho, solicita se condene a la entidad accionada a reliquidar los salarios y prestaciones percibidas teniendo en cuenta la prima especial del 30% prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª/92.

EL IMPEDIMENTO

La señora Jueza 2ª Administrativa de Manizales, doctora **PATRICIA VARELA CIFUENTES**, manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, puesto que, en su sentir, tiene interés indirecto en las resultas del proceso puesto que resultaría indirectamente beneficiada en la medida en que se acceda a las pretensiones de la demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. Los numerales 1 y 5 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

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

(...)

¹ Consejo de Estado_- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

5. Ser alguna de las partes, su representante o apoderado, dependiente o mandatario del juez o administrador de sus negocios.”.

La “prima especial” que pretende la parte nulidiscente se encuentra prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992:

“El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite la señora Jueza Administrativa manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tiene el mismo derecho salarial deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice manifestado por la funcioanria y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuez que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

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

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la JUEZA 2ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor **JORGE MARIO VARGAS AGUDELO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de DICIEMBRE de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

Ausente con permiso

17001-33-33-004-2023-00178-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 532

Con fundamento en el artículo 131 numerales 1 y 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la señora Jueza 4ª Administrativa de Manizales para conocer de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por los señores **WILSON ALBERTO SALAMANCA PEÑA, EIMAR ANDRÉS MORENO GRANADA, NELSON EDUARDO PAZ SÁNCHEZ y JUAN MANUEL MONTES RAMÍREZ** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N° 01 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales le fue negado el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 383 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada a reconocer como factor salarial el emolumento denominado “*bonificación judicial*”, y se reliquiden y paguen la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la mentada bonificación.

La señora Jueza 4ª Administrativa de Manizales, doctora **MARÍA ISABEL GRISALES GÓMEZ**, manifestó su impedimento para conocer del libelo demandador con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, pues, en su sentir, tiene interés indirecto en los resultados del proceso, toda vez que percibe la bonificación judicial que persigue el demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

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

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

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

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

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675

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

Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite, la señora Jueza administrativa manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que le asiste el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice procesal manifestado por la funcionaria y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuez que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por la Jueza 4ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por los señores **WILSON ALBERTO SALAMANCA PEÑA, EIMAR ANDRÉS MORENO GRANADA, NELSON EDUARDO PAZ SÁNCHEZ y JUAN MANUEL MONTES RAMÍREZ** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

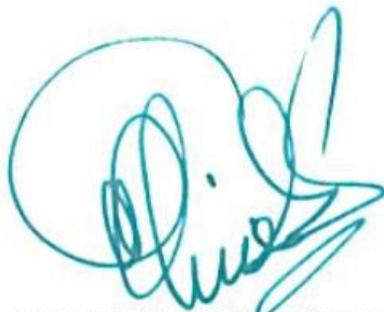
FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de DICIEMBRE de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 276

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

Radicado: 17-001-23-33-000-2023-00184-00
Naturaleza: Validez de Actos Administrativos
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Municipio de Victoria y Concejo de Victoria (Caldas)

Se emite fallo, con ocasión a la solicitud de estudio de validez, respecto del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023.

I. Antecedentes

1. Solicitud

1.1. Sustento fáctico

Se expone que, el Concejo de Victoria (Caldas) aprobó el Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, *“Por el cual se crea la feria artesanal y agropecuaria en el municipio de Victoria Caldas”*. Que el 23 de agosto de 2023, el Ejecutivo municipal lo sancionó y el 29 de agosto de 2023, fue radicado ante la Gobernación de Caldas para su revisión.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

Se argumentó que, el parágrafo 1 del Artículo 2 del referido Acuerdo establece que: *“para el cumplimiento de este artículo se faculta al Alcalde Municipal para realizar los traslados presupuestales a que diera lugar la aplicación de este acuerdo”*. Considera que con dicha autorización se están contrariando los artículos 313 (numerales 3 y 5), 315 (numerales 3, 6 y 9) y 345 de la Constitución Política, artículos 32 numeral 9 artículo 91 literal D numeral 1 de la Ley 136 de 1994 y artículos 83, 84, y 109 del Decreto 111 de 1996, toda vez que, es facultad de los alcaldes, por medio de Decreto realizar las respectivas incorporaciones al presupuesto de los recursos que haya recibido el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional y adelantar su respectiva ejecución. En consecuencia, no se hace necesario pedir facultades al Concejo Municipal para este tipo de modificaciones al presupuesto.

Situación diferente a lo que ocurre con los movimientos presupuestales que afectan partidas globales, los cuales deberán ser expresamente autorizados por el concejo municipal por ser una facultad propia de dicha corporación.

Que se pudieron haber precavido las inconsistencias del Acuerdo en comento, si se hubiese agregado al parágrafo 1 lo siguiente: “...sin afectar las partidas presupuestales globales aprobadas”, y se hubiese establecido un periodo para ejecutar tal modificación.

Que además, en el parágrafo 2 del artículo 2 del citado Acuerdo, el Concejo mediante el enunciado: “Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo, podrán celebrarse convenios interadministrativos entre la Alcaldía de Victoria y la Nación, el Departamento de Caldas o convenios de asociación o de colaboración con entidades de desarrollo empresarial y organizaciones campesinas y artesanales, así como acudir a la cooperación internacional en el marco de la normatividad vigente para este fin”, está dando al Alcalde facultades amplias y suficientes para celebrar toda clase de convenios, entre ellos los convenios interadministrativos con entidades de todo orden y con entidades privadas sin ánimo de lucro.

Frente a este punto, el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005 señala que “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 en las que participen los candidatos a cargos de elección popular”. Por tanto, existe expresa prohibición legal **para la celebración de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos** dentro de los 4 meses anteriores a las elecciones y en el citado parágrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, no se establece que esta facultad de contratación esté supeditada a la culminación del periodo de Ley de garantías electorales (29 de octubre de 2023), lo cual debió haberse indicado expresamente, teniendo en cuenta que dicho Acuerdo fue expedido el 23 de agosto, esto es, dentro de la vigencia de la restricción contractual establecida por la Ley 996 de 2005.

2. Pronunciamiento de los convocados e intervinientes

2.1. Municipio de Victoria y el Concejo de Victoria no se pronunciaron.

3. Concepto Ministerio público no se pronunció.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedibilidad del medio de control

El medio de control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, tiene lugar por solicitud del Gobernador, con

arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución, para *“revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”*.

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

2. Problemas jurídicos

De acuerdo con lo expuesto por las partes, el asunto jurídico se centra en establecer: *¿Resulta contrario a derecho el parágrafo 1 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, es inválido, por haber otorgado facultades al Alcalde, incluso para afectar las partidas presupuestales globales aprobadas? ¿El otorgamiento de dicha facultad podía hacerse de modo indefinido, o requería que fuera pro-témpore y sin establecer un periodo para ejecutar tal modificación?*

¿El parágrafo 2 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, infringe el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 al autorizar al Alcalde para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos durante la época de vigencia de las restricciones establecidas en la ley de garantías?

3. Primer y segundo problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal

El parágrafo 1 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, es inválido, por vulnerar los artículos 313 (numerales 3 y 5), de la Constitución, artículos 32 numeral 9 de la Ley 136 de 1994 y artículos 80, 83 y 110 del Decreto 111 de 1996, toda vez otorgó facultades abiertas y generales al alcalde para realizar traslados presupuestales, sin precisar si en virtud de esa autorización, el Alcalde puede alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, ni el alcance, ni el periodo para ejecutar tal modificación.

Para soportar lo anterior se hará referencia: i) a la norma cuestionada; ii) al marco jurídico sobre las modificaciones presupuestales; y iii) el análisis del caso.

3.2. Norma cuestionada

El Concejo de Victoria aprobó el Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, *“Por el cual se crea la feria artesanal y agropecuaria en el municipio de Victoria Caldas”*, en el que se dispuso:

“Artículo Primero: Crease e institucionalícese LA FERIA ARTESANAL Y AGROPECUARIA CAMPESINA en el municipio de Victoria (Caldas), para promocionar la producción y comercialización de la economía campesina y artesanal de las familias y las comunidades del municipio.

Artículo Segundo: De conformidad con la Constitución Política y de la legislación vigente, la Entidad Territorial apropiará los recursos presupuestales para la gestión, apoyo y realización de LA FERIA ARTESANAL Y AGROPECUARIA CAMPESINA en el municipio de Victoria (Caldas),

Parágrafo 1: para el cumplimiento de este artículo se faculta al Alcalde Municipal para realizar los traslados presupuestales a que diera lugar la aplicación de este acuerdo.

Parágrafo 2: Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo, podrán celebrarse convenios interadministrativos entre la Alcaldía de Victoria y la Nación, el Departamento de Caldas o convenios de asociación o de colaboración con entidades de desarrollo empresarial y organizaciones campesinas y artesanales, así como acudir a la cooperación internacional, en el marco de la normatividad vigente para este fin.

Artículo Tercero: LA FERIA ARTESANAL Y AGROPECUARIA CAMPESINA en el municipio de Victoria Caldas se realizará al menos cuatro (4) veces al año y será liderada por la entidad territorial en coordinación con las demás entidades competentes.

Artículo Cuarto: Se conformará un Comité organizador de LA FERIA ARTESANAL Y AGROPECUARIA CAMPESINA en el municipio de Victoria (Caldas), liderado por la Entidad Territorial y conformado por instituciones gubernamentales, las entidades de desarrollo empresarial y una representación del sector campesino y artesanal de Victoria, para coordinar la realización de dicho evento. La Entidad Territorial reglamentará el funcionamiento de este Comité en un término no mayor a tres meses, una vez sea sancionado el presente acuerdo municipal.

Artículo Quinto: El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su publicación. (...).”

3.3. Fundamento jurídico - modificaciones presupuestales

Respecto de las funciones de los concejos municipales los numerales 3 y 5 del artículo 313 de la Constitución Política señala que:

ARTICULO 313. *Corresponde a los concejos:*

[...]

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

[,,]

5. Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.

Asimismo, el artículo 345 establece que:

“Art. 345. En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto”.

De otro lado los artículos 352 y 353 Constitucionales establecen:

ARTICULO 352. Además de lo señalado en esta Constitución, la Ley Orgánica del Presupuesto regulará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación, ejecución de los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo, y su coordinación con el Plan Nacional de Desarrollo, así como también la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar.

ARTICULO 353. Los principios y las disposiciones establecidos en este título se aplicarán, en lo que fuere pertinente, a las entidades territoriales, para la elaboración, aprobación y ejecución de su presupuesto.

Respecto de las atribuciones de los concejos, el numeral 9 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, establece:

“ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

[...]

9. Dictar las normas de presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos, el cual deberá corresponder al plan municipal o distrital de desarrollo, teniendo especial atención con los planes de desarrollo de los organismos de acción comunal definidos en el presupuesto participativo y de conformidad con las normas orgánicas de planeación.

A su turno, el Estatuto Orgánico del Presupuesto –EOP-, esto es, el Decreto 111 de 1996¹ establece las reglas para la modificación del presupuesto:

ARTÍCULO 76. En cualquier mes del año fiscal, el Gobierno Nacional, previo concepto del consejo de ministros, podrá reducir o aplazar total o parcialmente, las apropiaciones presupuestales, en caso de ocurrir uno de los siguientes eventos: que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estime que los recaudos del año puedan ser inferiores al total de los gastos y obligaciones contraídas que deban pagarse con cargo a tales recursos; o que no fueren aprobados los nuevos recursos por el Congreso o que los aprobados fueren insuficientes para atender los gastos a que se refiere el artículo

¹ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. *Aspectos Generales del Proceso Presupuestal/ Colombiano* (2ª Ed.). Bogotá: 2011, p. 120.

347 de la Constitución Política; o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados; o que la coherencia macroeconómica así lo exija. En tales casos el gobierno podrá prohibir o someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos y obligaciones (L. 38/89, art. 63; L. 179/94, art. 34).

ARTÍCULO 77. Cuando el gobierno se viere precisado a reducir las apropiaciones presupuestales o aplazar su cumplimiento, señalará, por medio de decreto, las apropiaciones a las que se aplican unas u otras medidas.

Expedido el decreto se procederá a reformar, si fuere el caso, el programa anual de caja para eliminar los saldos disponibles para compromisos u obligaciones de las apropiaciones reducidas o aplazadas y las autorizaciones que se expidan con cargo a apropiaciones aplazadas no tendrán valor alguno. Salvo que el gobierno lo autorice, no se podrán abrir créditos adicionales con base en el monto de las apropiaciones que se reduzcan o aplacen en este caso (L. 38/89, art. 64; L. 179/94, art. 55, inc. 6º).

ARTÍCULO 78. En cada vigencia, el gobierno reducirá el presupuesto de gastos de funcionamiento cuando las reservas constituidas para ello, superen el 2% del presupuesto del año inmediatamente anterior. Igual operación realizará sobre las apropiaciones de inversión, cuando las reservas para tal fin excedan el 15% del presupuesto de inversión del año anterior.

Al determinar el valor de las reservas de gastos de funcionamiento y del presupuesto del año inmediatamente anterior para estos gastos, se excluirán el situado fiscal, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la Nación, las participaciones giradas a los resguardos indígenas que para este efecto sean considerados como municipios y la participación de las antiguas intendencias y comisarías en el impuesto a las ventas.

PARÁGRAFO TRANS. El Gobierno Nacional reducirá el presupuesto de los próximos 4 años así:

...

ARTÍCULO 79. Cuando durante la ejecución del presupuesto general de la Nación se hiciera indispensable aumentar el monto de las apropiaciones, para complementar las insuficientes, ampliar los servicios existentes o establecer nuevos servicios autorizados por la ley, se pueden abrir créditos adicionales por el Congreso o por el gobierno, con arreglo a las disposiciones de los artículos siguientes (L. 38/89, art. 65).

ARTÍCULO 80. El Gobierno Nacional presentará al Congreso Nacional, proyectos de ley sobre traslados y créditos adicionales al presupuesto, cuando sea indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión (L. 38/89, art. 66; L. 179/94, art. 55, incs. 13 y 17).

ARTÍCULO 81. Ni el Congreso ni el gobierno podrán abrir créditos adicionales al presupuesto, sin que en la ley o decreto respectivo se establezca de manera clara y precisa el recurso que ha de servir de base para su apertura y con el cual se incrementa

el presupuesto de rentas y recursos de capital, a menos que se trate de créditos abiertos mediante contra créditos a la ley de apropiaciones (L. 38/89, art. 67).

ARTÍCULO 82. *La disponibilidad de los ingresos de la Nación para abrir los créditos adicionales al presupuesto será certificada por el contador general. En el caso de los ingresos de los establecimientos públicos la disponibilidad será certificada por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces.*

La disponibilidad de las apropiaciones para efectuar los traslados presupuestales será certificada por el jefe de presupuesto del órgano respectivo (L. 38/89, art. 68; L. 179/94, art. 35).

ARTÍCULO 83. *Los créditos adicionales y traslados al presupuesto general de la Nación destinados a atender gastos ocasionados por los estados de excepción, serán efectuados por el gobierno en los términos que éste señale. La fuente de gasto público será el decreto que declare el estado de excepción respectivo (L. 38/89, art. 69; L. 179/94, art. 36).*

ARTÍCULO 84. *De conformidad con lo establecido en la Constitución Política, cuando se declaren estados de excepción, toda modificación al presupuesto general de la Nación deberá ser informada al Congreso de la República, dentro de los ocho días siguientes a su realización. En caso de que no se encuentre reunido el Congreso, deberá informarse dentro de los ocho días de iniciación del siguiente período de sesiones (L. 179/94, art. 57).*

ARTÍCULO 85. *El Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-dirección general del presupuesto nacional, elaborarán conjuntamente para su presentación al Conpes la distribución de los excedentes financieros de los establecimientos públicos del orden nacional y de las empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta con el régimen de aquéllas.*

De los excedentes financieros, distribuidos por el Conpes a la Nación, el gobierno sólo podrá incorporar al presupuesto un monto que no supere el 1% del presupuesto vigente. En los demás casos, el gobierno hará los ajustes presupuestales necesarios para darle cumplimiento a la distribución de los recursos a que se refiere el inciso anterior. También los hará una vez determinado el excedente financiero de la Nación.

Cuando los excedentes destinados por el Conpes a la Nación superen el 1% del presupuesto vigente, su incorporación al presupuesto se hará por ley de la República (L. 179/94, art. 21; L. 225/95, art. 21).

ARTÍCULO 86. *Cuando se fusionen órganos o se trasladen funciones de uno a otro, el Gobierno Nacional, mediante decreto, hará los ajustes correspondientes en el presupuesto para dejar en cabeza de los nuevos órganos o de los que asumieron las funciones, las apropiaciones correspondientes para cumplir con sus objetivos, sin que puedan aumentar las partidas globales por funcionamiento, inversión y servicio de la deuda aprobadas por el Congreso de la República (L. 179/94, art. 59).*

ARTÍCULO 87. *Créase el fondo de compensación interministerial, en cuantía anual hasta del uno por ciento (1%) de los ingresos corrientes de la Nación, cuya apropiación se incorporará en el presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con sujeción a los reglamentos que al respecto expida el Gobierno Nacional, con el propósito de atender faltantes de apropiación en gastos de funcionamiento de los órganos en la respectiva vigencia fiscal, y para los casos en que el Presidente de la República y el consejo de ministros califiquen de excepcional urgencia. El Ministro de Hacienda ordenará efectuar los traslados presupuestales con cargo a este fondo, únicamente con la expedición previa del certificado de disponibilidad presupuestal (L. 38/89, art. 70; L. 179/94, art. 55, inc. 3º). (Declarado EXEQUIBLE condicionalmente, con excepción de la expresión subrayada mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-442 de 2001)*

ARTÍCULO 88. *Los créditos adicionales al presupuesto de gastos no podrán ser abiertos por el Congreso sino a solicitud del gobierno, por conducto del Ministro de Hacienda y Crédito Público (L. 38/89, art. 71; L. 179/94, art. 55, inc. 2º)*

...

ARTÍCULO 110. *Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el estatuto general de contratación de la administración pública y en las disposiciones legales vigentes”.*

Conforme a la normativa en cita, las modificaciones que pueden hacerse al presupuesto son de tres tipos: reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales, adiciones al presupuesto o créditos adicionales y traslados presupuestales.

Esta normativa es aplicable a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en el artículo 109 *ibidem*, que dice:

ARTÍCULO 109. *Las entidades territoriales al expedir las normas orgánicas de presupuesto deberán seguir las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto, adaptándolas a la organización, normas constitucionales y condiciones de cada entidad territorial. Mientras se expiden estas normas, se aplicará la ley orgánica del presupuesto en lo que fuere pertinente.*

Si el alcalde objeta por ilegal o inconstitucional el proyecto de presupuesto aprobado por el concejo, deberá enviarlo al tribunal administrativo dentro de los cinco días siguientes al recibo para su sanción. El tribunal administrativo deberá pronunciarse durante los veinte días hábiles siguientes.

Mientras el tribunal decide, registrará el proyecto de presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, bajo su directa responsabilidad (L. 38/89, art. 94; L. 179/94, art. 52).

El Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil², sobre los tipos de modificaciones que pueden hacerse al presupuesto, ha señalado:

a. La reducción o el aplazamiento de las apropiaciones presupuestales, total o parcialmente, porque los recaudos del año pueden ser inferiores a los compromisos; o no se aprobaron nuevos recursos; o los nuevos recursos aprobados resultan insuficientes; o no se perfeccionan los recursos de crédito autorizados; o por razones de coherencia macroeconómica. El Gobierno Nacional, por decreto y previo concepto del Consejo de Ministros, señala las apropiaciones que deben reducirse o aplazarse. La competencia se radica en el Gobierno Nacional pues la jurisprudencia ha interpretado que las reducciones o aplazamientos no modifican el presupuesto, en sentido estricto; pero sí deben tomarse en forma razonable y proporcionada y a través de un acto administrativo sujeto a control judicial.

b. Las adiciones al presupuesto o créditos adicionales, para aumentar el monto de las apropiaciones o complementar las insuficientes, o ampliar los servicios existentes, o establecer nuevos servicios autorizados por la ley. La jurisprudencia distingue los créditos suplementales, que corresponden al aumento de una determinada apropiación, y los créditos extraordinarios, cuando se crea una partida. En ambos casos la competencia es del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional, porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó. El Gobierno Nacional asume esta competencia cuando las adiciones sean única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción.

c. Los movimientos presupuestales consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, se denominan “traslados presupuestales internos”. Competen al jefe del órgano respectivo, mediante resolución que debe ser refrendada por la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para su validez, y concepto previo favorable del Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.

Por su parte, en relación con el artículo 110 del mismo Decreto Ley 111 de 1996, con base en el cual se pregunta si el alcalde podría realizar traslados presupuestales sin autorización del concejo (pregunta 4), la Sala observa que dicho artículo no modifica ni crea excepciones respecto de las reglas antes mencionadas. En ese sentido, la capacidad para contratar que se regula en esa disposición legal, no se extiende a la posibilidad de modificar el presupuesto por fuera de lo previsto en las normas presupuestales aplicables en cada caso particular.

Valga aclarar que en el nivel territorial no existe posibilidad normativa alguna para asimilar los estados de excepción, a situaciones locales, de manera que tampoco el

² Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Radicación No. 1.889; 11001-03-06-000-2008-0022-00

alcalde municipal podrá asumir competencia para modificar el presupuesto municipal...". [Resalta la Sala]

3.4. Análisis del caso concreto

Se encuentra acreditado que, el Concejo de Victoria aprobó el Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, "Por el cual se crea la feria artesanal y agropecuaria en el municipio de Victoria Caldas", en el que se dispuso:

"Artículo Segundo: De conformidad con la Constitución Política y de la legislación vigente, la Entidad Territorial apropiará los recursos presupuestales para la gestión, apoyo y realización de LA FERIA ARTESANAL Y AGROPECUARIA CAMPESINA en el municipio de Victoria (Caldas),

Parágrafo 1: para el cumplimiento de este artículo se faculta al Alcalde Municipal para realizar los traslados presupuestales a que diera lugar la aplicación de este acuerdo. (...)".

El departamento de Caldas señala que, el parágrafo 1 del artículo 2 del citado Acuerdo, está contrariando los artículos 313 (numerales 3 y 5), 315 (numerales 3, 6 y 9) y 345 de la Constitución Política, artículos 32 numeral 9 de la Ley 136 de 1994 y artículo 91 literal D numeral 1, toda vez que, los movimientos presupuestales que afectan partidas globales, deberán ser expresamente autorizados por el concejo municipal, por ser una facultad propia de dicha corporación. Que se pudieron precaver las inconsistencias del Acuerdo en comento, si se hubiese agregado al parágrafo 1 lo siguiente: "...sin afectar las partidas presupuestales globales aprobadas", y se hubiese establecido un periodo para ejecutar tal modificación.

Al respecto, la Sala conforme al artículo 80 Decreto 111 de 1996 la normativa y jurisprudencia citada, en cuanto a los traslados presupuestales evidencia que: (i) Los traslados o movimientos presupuestales consistentes en aumentar una partida (crédito) disminuyendo otra (contracrédito), sin alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, o sea, que sólo afectan el anexo del decreto de liquidación del presupuesto, pueden ser realizados por el Alcalde mediante resolución, sin autorización del Concejo.

Por tanto, si para realizar traslados presupuestales, es indispensable aumentar la cuantía de las apropiaciones autorizadas inicialmente o no comprendidas en el presupuesto por concepto de gastos de funcionamiento, servicio de la deuda pública e inversión, es necesario que el Concejo autorice previamente al Alcalde.

En el caso concreto, en el Acuerdo citado, el Concejo autorizó al Alcalde "para realizar los traslados presupuestales a que diera lugar" sin precisar si en virtud de esa autorización, el Alcalde puede alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, ni el alcance, ni el periodo para ejecutar tal modificación.

Tal ambigüedad, ciertamente puede dar lugar a interpretar que el Alcalde queda facultado para adelantar otras operaciones presupuestales que son del resorte exclusivo del Concejo, en tanto afectan el monto global del presupuesto o el monto total de una sección del mismo.

La generalidad y con ella la indefinición en que incurre el referido párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo imponen declarar su invalidez; teniendo en cuenta además que, si en gracia de discusión se dijera que la autorización conferida por el Concejo al Alcalde se refiere única y exclusivamente a la operación presupuestal consistente en traslados presupuestales internos, o dicho de otro modo, en aumentar partidas disminuyendo otras (acreditar y contraacreditar) dentro de una misma sección presupuestal, ello puede hacerlo directamente el ejecutivo sin necesidad de autorización por parte del Concejo; eso sí, teniendo en cuenta que esa decisión debe estar refrendada y tener concepto previo favorable de la autoridad que a nivel territorial sea el equivalente a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Departamento de Planeación Nacional si se trata del presupuesto de inversión.

Es por ello por lo que, la autorización del Concejo en lo que a ese tipo de traslados se refiere, implica una intromisión indebida en el ámbito de competencias propias del ejecutivo en cabeza del Alcalde Municipal, lo cual derivaría también en la invalidez del susodicho Acuerdo Municipal.

3.5. Conclusión

Por lo tanto, la Sala Concluye que, el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, es inválido, por vulnerar los artículos 313 (numerales 3 y 5), de la Constitución, artículos 32 numeral 9 de la Ley 136 de 1994 y artículos 80, 83 y 110 del Decreto 111 de 1996, toda vez otorgó facultades abiertas y generales al alcalde para realizar traslados presupuestales, sin precisar si en virtud de esa autorización, el Alcalde puede alterar el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, ni el alcance, ni el periodo para ejecutar tal modificación.

Además, la autorización del Concejo en lo que a los traslados presupuestales internos se refiere, implica una intromisión indebida en el ámbito de competencias propias del ejecutivo en cabeza del Alcalde Municipal, lo cual derivaría también en la invalidez del susodicho Acuerdo Municipal.

4. Tercer problema jurídico *¿El párrafo 2 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, infringe el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 al autorizar al Alcalde para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos durante la época de vigencia de las restricciones establecidas en la ley de garantías?*

4.1. Tesis del Tribunal

El párrafo 2 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, es válido bajo el entendido que, la autorización otorgada para celebrar *convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos*, no es aplicable dentro de los 4 meses anteriores a la realización del evento electoral, esto es, hasta 29 de octubre de 2023, por estar expresamente prohibida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Para soportar lo anterior se hará referencia: i) al marco jurídico sobre la prohibición para celebrar convenios; ii) los hechos acreditados, y iii) el análisis del caso.

4.2. Fundamento jurídico - Prohibición para celebrar convenios por el ejecutivo municipal

El numeral 3º del artículo 313 de la Constitución Política señala que, a nivel municipal, al Concejo le corresponde “Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponden al Concejo”.

En concordancia con lo anterior, el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, expone:

*“ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los **concejos** las siguientes.*

(...)

3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo”.

La Ley 996 de 2005³, cuya expedición tuvo como objeto: “Definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos que reúnan los requisitos de ley.” (artículo 1), estableció dentro de sus objetivos:

i) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, ii) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, iii) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, iv) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, v) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador, y vi) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las

³ Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

contendidas electorales.

En esa perspectiva, el párrafo del artículo 38 de la normativa en cita, dispuso:

“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.”(se destaca)

La Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, analizó la prohibición referida, señalando que: *“todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones”*.

4.3. Análisis sustancial del caso

Se encuentra acreditado que, el Concejo de Victoria aprobó el Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, *“Por el cual se crea la feria artesanal y agropecuaria en el municipio de Victoria Caldas”*, en el que se dispuso:

“Artículo Segundo: De conformidad con la Constitución Política y de la legislación vigente, la Entidad Territorial apropiará los recursos presupuestales para la gestión, apoyo y realización de LA FERIA ARTESANAL Y AGROPECUARIA CAMPESINA en el municipio de Victoria (Caldas),

...

Parágrafo 2: Para dar cumplimiento a lo dispuesto en el presente artículo, podrán celebrarse convenios interadministrativos entre la Alcaldía de Victoria y la Nación, el Departamento de Caldas o convenios de asociación o de colaboración con entidades de desarrollo empresarial y organizaciones campesinas y artesanales, así como acudir a la cooperación internacional, en el marco de la normatividad vigente para este fin (...).
(Resalta la Sala)

El departamento de Caldas señala que, el referido Acuerdo contravino el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, por cuanto no se establece que esa facultad de contratación esté supeditada a la culminación del periodo de Ley de garantías electorales (29 de octubre de 2023), lo cual debió haberse indicado expresamente, teniendo en cuenta que dicho Acuerdo fue expedido el 23 de agosto, esto es, dentro de la vigencia de la restricción contractual establecida por la Ley 996 de 2005.

La Sala, de conformidad con el citado párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en armonía con el marco normativo y jurisprudencial antes referido, encuentra diáfana la prohibición a los gobernadores, alcaldes y demás autoridades locales, para que dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, puedan celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos. En otras palabras, en ese periodo, las entidades del orden territorial pueden celebrar convenios interadministrativos que no impliquen la ejecución de recursos.

De acuerdo con la Resolución 28229 del 14 de octubre de 2022, de 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*” ⁴.

En el caso concreto, el Acuerdo objeto de análisis, autorizó al alcalde para “*celebrarse convenios interadministrativos entre la Alcaldía de Victoria y la Nación, el Departamento de Caldas o convenios de asociación o de colaboración con entidades de desarrollo empresarial y organizaciones campesinas y artesanales, así como acudir a la cooperación internacional, en el marco de la normatividad vigente para este fin*”.

Sobre el convenio interadministrativo, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“La nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto de los cuales, cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales.

Se da en el marco de un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias.

(...)

*En síntesis, los convenios interadministrativos son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación sin que ello suponga la cesión de la competencia encomendada a cada una de ellas”.*⁵

Ahora, sobre el aspecto patrimonial o económico de los convenios interadministrativos, el Consejo de Estado en la providencia última citada, señaló:

“Desde luego, en los convenios interadministrativos propiamente dichos es posible que cada entidad incurra en costos y gastos para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos

⁴ <https://wapp.registraduria.gov.co/electoral/elecciones-territoriales-2023/Normativa.html>

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de diciembre de 2022. Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00 (2489)

interadministrativos o el pago de un precio o una remuneración.

...

Así, es viable distinguir entre «convenios interadministrativos» de contenido patrimonial, y otros, que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico (es decir, no están destinados a obtener una ganancia), pues giran en torno a la articulación, a la cooperación, a la complementariedad de las funciones de las entidades que participan en el acuerdo de voluntades, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común". (se destaca)

Teniendo en cuenta lo anterior y que el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, prohíbe a los alcaldes celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos para la ejecución de recursos públicos, dentro de los 4 meses anteriores a la realización de elecciones a cargos de elección popular, el Concejo al expedir el acuerdo en comento, debía tener en cuenta que dicha autorización no podía ejecutarse dentro de este período inhabilitante.

Al respecto se tiene que, la autorización otorgada en el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo en comento, no precisa su alcance temporal, por lo que, debe entenderse que, el período inhabilitado para celebrar convenios se encuentra del 29 de julio al 29 de octubre de 2023, por lo que, la autorización no es aplicable durante dicho periodo.

4.4. Conclusión

En ese orden de ideas, se concluye que, el párrafo 2 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, **es válido** bajo el entendido que, la autorización para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, no es aplicable dentro de los 4 meses anteriores a la realización del evento electoral, esto es, hasta 29 de octubre de 2023, por estar expresamente prohibida en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005.

Por la misma razón, y como quiera que el referido Acuerdo no tiene una vigencia temporal debe precisarse además que, la autorización otorgada para celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, tampoco es aplicable dentro de los 4 meses anteriores a la realización de elecciones futuras, a cargos de elección popular.

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

III. FALLA

Primero: Declarar la invalidez del párrafo 1 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, *“Por el cual se crea la feria artesanal y agropecuaria en el municipio de Victoria Caldas”*, expedido por el Concejo de Victoria.

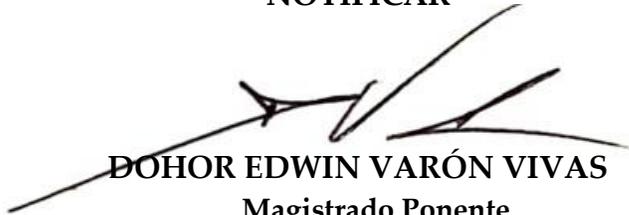
Segundo: Declarar la validez del párrafo 2 del Artículo 2 del Acuerdo 014 del 23 de agosto de 2023, bajo el entendido que la autorización para celebrar convenios, no es aplicable dentro de los 4 meses anteriores a la realización del evento electoral, esto es, hasta 29 de octubre de 2023, ni en las demás elecciones futuras a cargos de elección popular.

Tercero: Comuníquese esta determinación al Alcalde de Victoria, al Presidente del Concejo de la misma localidad y al Gobernador de Caldas.

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

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

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-33-009-2023-00200-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 530

Con fundamento en el artículo 131 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por el señor Juez 9° Administrativo de Manizales para conocer del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **DANIELA GÓMEZ SALAZAR** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N°01 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, declarar la nulidad de los actos administrativos con los cuales se negó el reconocimiento de la bonificación judicial, consagrada en el Decreto 382 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada reconocer, liquidar y pagarla mentada bonificación con la inclusión en su asignación básica y así tener incidencia directa en las prestaciones sociales y demás emolumentos que percibe como servidora de la Fiscalía General de la Nación.

EL IMPEDIMENTO

El señor Juez 9° Administrativo de Manizales, doctor **JORGE WILDER GIL OSPINA**, manifestó su impedimento para conocer de la demanda con fundamento en la causal del numeral 1 del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, puesto que, en su sentir, tiene interés directo en las resultas del proceso, dado que en similares términos a los demás jueces administrativos percibe mensualmente el factor denominado bonificación judicial.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivos de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

“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.” /Se subraya/.

La “bonificación judicial” que pretende la parte nulidisciente sea incluida como factor salarial y prestacional se encuentra prevista en el Decreto 382 de 2013 cuyo artículo 1º establece: *“Creáse para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por 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”.*

En el sub-lite, el señor Juez Administrativo manifiesta que le asiste un interés directo en las resultas del proceso en la medida que tendría el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala se encuentra fundado, toda vez que el Decreto 382 de 2013 establece la bonificación judicial para los empleados de la Fiscalía General de la Nación en idénticos términos contemplados con respecto a la misma bonificación para los empleados de la Rama Judicial el Decreto 383 de 2013; además, unos y otros servidores hacen parte de la misma Rama del Poder Público, y la voluntad del Estado al otorgar el beneficio económico se fundamentan en una misma fuente o causa, tal como se desprende de ambos Decretos, lo que originaría que las mismas razones que se invocan por los servidores de la Fiscalía están irremediamente atados a las pretensiones que tienen a quienes cobija el segundo de los esquemas dispocionales mencionados. Veamos la redacción en ambos Decretos, dictados en la misma fecha:

Para la FISCALÍA	Para “Rama Judicial”(sic)
DECRETO 0382 DE 2013 (Marzo 06) <i>Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.</i>	DECRETO 0383 DE 2013 (Marzo 06) <i>Por el cual se crea una bonificación judicial para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia</i>

<p>EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,</p> <p>en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992,</p> <p>DECRETA:</p> <p>ARTÍCULO 1. Créase (sic) para los servidores de la Fiscalía General de la Nación a quienes se aplica el régimen salarial y prestacional establecido en el Decreto 53 de 1993, y que vienen rigiéndose por el decreto 875 de 2012 y por 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.</p> <p>La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° 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 la siguiente tabla:</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>PARAGRAFO. 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.</p>	<p><i>Penal Militar y se dictan otras disposiciones.</i></p> <p>EI PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA,</p> <p>en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4a. de 1992,</p> <p>DECRETA:</p> <p>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.</p> <p>La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1° 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:</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>PARAGRAFO. 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</p>
--	---

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>ARTÍCULO 2°. Los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación que no optaron por el régimen establecido en el Decreto 53 de 1993 y que continúan con el régimen del Decreto 839 de 2012 y las disposiciones que lo modifican o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes un</p>	<p>consecuencia no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>ARTÍCULO 2°. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los</p>
---	---

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 el decreto 53 de 1993, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3. 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 4. 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 5. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.

Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto 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 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio.

ARTÍCULO 3. 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 4. 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 5. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1° de enero de 2013.

En este orden, no puede el juez ceñirse a la simple literalidad de los decretos (Fiscalía/Rama Judicial), para hallar una diferenciación de trato entre unos y otros, pues lo que los Decretos lo que buscaron fue establecer precisamente un tratamiento igual para ambos servidores de la justicia, conjugándose que todos son funcionarios de este estamento y persiguen unas mismas finalidades.

Halla entonces esta Sala Plural la imposibilidad de escindir por la sola diferenciación numérica de los Decretos, o de la mera sectorización del mismo rubro económico, que no pueda estar afectada la imparcialidad del operador judicial, máxime cuando sobre el mismo hay o existe la potencialidad de hacerse acreedor a aquel.

En consecuencia, se declarará fundado el impedimento manifestado, y por considerarse común a todos los jueces, se procederá a designar el Conjuez que continúe conociendo de la causa, por lo que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997² del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuez que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por el **JUEZ 9° ADMINISTRATIVO DE MANIZALES**, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora **DANIELA GÓMEZ SALAZAR** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de **DICIEMBRE** de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

17001-33-33-002-2023-00222-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 531

Con fundamento en el artículo 131 numerales 1 y 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la señora Jueza 2ª Administrativa de Manizales para conocer de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por el señor **JAVIER CAMPIÑO VÁSQUEZ** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N°002 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales le fue negado el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 383 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada a reconocer como factor salarial el emolumento denominado “*bonificación judicial*”, y se reliquiden y paguen la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la mentada bonificación.

La señora Jueza 2ª Administrativa de Manizales, doctora PATRICIA VARELA CIFUENTES, manifestó su impedimento para conocer del libelo demandador con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, pues, en su sentir, tiene interés indirecto en los resultados del proceso, toda vez que percibe la bonificación judicial que persigue el demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

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

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

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

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

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675

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

Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite, la señora Jueza administrativa manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que le asiste el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice procesal manifestado por la funcionaria y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuez que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de IMPEDIMENTO manifestada por la JUEZA 2ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora **DANIELA GÓMEZ SALAZAR** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENREAL DE LA NACIÓN**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de DICIEMBRE de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

NOTIFÍQUESE

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

17001-33-33-002-2023-00226-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 534

Con fundamento en el artículo 131 numerales 1 y 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la señora Jueza 2ª Administrativa de Manizales para conocer de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por el señor **CRISTIAN CAMILO MUÑOZ PATIÑO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N° 02 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales le fue negado el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 383 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada a reconocer como factor salarial el emolumento denominado “*bonificación judicial*”, y se reliquiden y paguen la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la mentada bonificación.

La señora Jueza 2ª Administrativa de Manizales, doctora PATRICIA VARELA CIFUENTES, manifestó su impedimento para conocer del libelo demandador con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, pues, en su sentir, tiene interés indirecto en los resultados del proceso, toda vez que percibe la bonificación judicial que persigue el demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

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

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

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

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

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675

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

Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite, la señora Jueza administrativa manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que le asiste el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice procesal manifestado por la funcionaria y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuer que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por la **JUEZA 2ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES**, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por el señor **CRISTIAN CAMILO MUÑOZ PATIÑO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de **DICIEMBRE** de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

NOTIFÍQUESE

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso

17001-33-33-006-2023-00291-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, diecisiete (17) de NOVIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 533

Con fundamento en el artículo 131 numerales 1 y 2 de la Ley 1437 de 2011, procede esta Sala Plural a decidir sobre el impedimento manifestado por la señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales para conocer de la demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** presentada por la señora **SANDRA MILENA RUIZ LONDOÑO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

ANTECEDENTES

Con libelo visible en el PDF N°002 del expediente digitalizado, la parte actora impetra, entre otras pretensiones, se declare la nulidad de los actos administrativos con los cuales le fue negado el reconocimiento de la bonificación judicial consagrada en el Decreto 383 de 2013, como factor salarial. A título de restablecimiento del derecho solicita, se condene a la entidad accionada a reconocer como factor salarial el emolumento denominado “*bonificación judicial*”, y se reliquiden y paguen la totalidad de las prestaciones sociales teniendo en cuenta la mentada bonificación.

La señora Jueza 6ª Administrativa de Manizales, doctora BIBIANA MARÍA LONDOÑO VALENCIA, manifestó su impedimento para conocer del libelo demandador con fundamento en la causal 1ª del artículo 141 del C.G.P., por remisión que hace el artículo 130 del C/CA, pues, en su sentir, tiene interés indirecto en los resultados del proceso, toda vez que percibe la bonificación judicial que persigue el demandante, causal que estima cobija también a los demás jueces administrativos.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

“...los impedimentos como las recusaciones son mecanismos jurídicos dirigidos a garantizar que las decisiones judiciales se adopten con sujeción a los principios de imparcialidad, independencia y transparencia que gobiernan la labor judicial. Por tanto, cuando se presenta alguna situación que puede dar lugar a una decisión parcializada, es decir que comprometa el recto entendimiento y aplicación del orden jurídico a un caso concreto, es necesario que el operador judicial en forma anticipada y con fundamento en las causales determinadas taxativamente por el Legislador exprese tal circunstancia, como lo ordena el artículo 149 del Código de Procedimiento Civil. Así cada persona que acude a un Juzgado o Tribunal puede tener la confianza plena de que las decisiones adoptadas se proferirán dentro del margen de objetividad, imparcialidad y justicia que se demandan de los titulares de la función jurisdiccional...”¹.

El artículo 130 del Código de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437/11, además de remitir al artículo 150 del CPC (entiéndase artículo 131 del Código General del Proceso) prevé las causales de impedimento y recusación de los jueces y magistrados de esta jurisdicción especializada. El numeral 1 del artículo 141 del CGP indica como motivo de recusación:

¹ Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, 3 de febrero de 2011. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Álvaro Arcila. Radicación: 25000-23-25-000-2010-00749-01(2350-10).

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

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

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

La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1o de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

(...)

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

DENOMINACIÓN DEL CARGO	MONTO DE LA BONIFICACIÓN JUDICIAL A PAGAR MENSUALMENTE CADA AÑO		
	Año 2016	Año 2017	Año 2018
Juez Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Coordinador de Juzgado Penal del Circuito Especializado	2.509.062	2.990.321	3.583.675

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

Juez de Dirección o inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Fiscal ante Juez de Dirección o de Inspección	2.509.062	2.990.321	3.583.675
Auditor de Guerra de Dirección o de Inspección	2.491.678	2.969.604	3.558.846
Juez del Circuito	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Juez de División o de Fuerza Naval, o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Fiscal ante Juez de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.196.230	2.617.486	3.136.860
Auditor de Guerra de División o de fuerza naval o de Comando Aéreo o de Policía Metropolitana	2.272.185	2.708.010	3.245.346
Juez de Brigada o de base Aérea o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Fiscal ante Juez de Brigada o de base aérea, o de Grupo Aéreo o de Escuela de Formación o Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Juez de Instrucción Penal Militar	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Auditor de Guerra de Brigada, o de Base Aérea, o de Grupo Aéreo, o de Escuela de formación o de Departamento de Policía	2.358.938	2.811.402	3.369.253
Asistente Social Grado 1	1.901.012	2.265.642	2.715.201
Secretario	1.688.165	2.011.969	2.411.194
Oficial Mayor o Sustanciador	1.416.093	1.687.712	2.022.596
Asistente Social Grado 2	1.168.486	1.392.611	1.668.940
Escribiente	1.008.526	1.201.969	1.440.469

(...)” /Negrillas de la Sala/.

En el sub-lite, la señora Jueza administrativa manifestó que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que le asiste el mismo derecho deprecado por la parte actora, aspecto que a juicio de esta Sala de Decisión legitima el óbice procesal manifestado por la funcionaria y que cobija así mismo a los demás Jueces Administrativos del Circuito de Manizales y por ende, fuerza a resolver favorablemente la declaración materia de estudio.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 de la Ley 1437/11 y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997³ del Consejo Superior de la Judicatura, habrá de fijarse fecha de la audiencia pública para el sorteo del conjuer que habrá de asumir el conocimiento del proceso.

Por lo discurrido, el Tribunal Administrativo de Caldas SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL,

RESUELVE

ACÉPTASE la declaración de **IMPEDIMENTO** manifestada por la Jueza 6ª ADMINISTRATIVA DE MANIZALES, el que igualmente cobija a los demás Jueces Administrativos de Manizales, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho formulada por la señora **SANDRA MILENA RUIZ LONDOÑO** contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**.

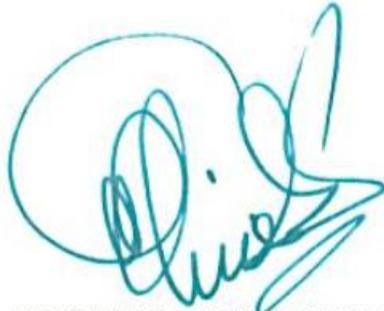
FÍJASE como fecha y hora para la elección pública del conjuer que deba actuar en el presente trámite, el día miércoles seis (06) de DICIEMBRE de 2023 a las 11:30 de la mañana.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según Acta N° 057 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
Ausente con permiso



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 213

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Acción: Popular
Radicación: 17-001-33-39-005-2019-00310-02
Demandante: Luis Eduardo Olarte Osorio
Demandado: Municipio de Manizales y Centro Médico Movimedic

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 062 del 17 de noviembre de 2023

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

ASUNTO

Esta Sala de Decisión, en sede de segunda instancia, decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Manizales en calidad de parte demandada, contra la sentencia del veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023), proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que declaró responsable a la entidad territorial demandada de la vulneración de los derechos colectivos contenidos en los literales d), h) y m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

ANTECEDENTES

La parte accionante, a través de escrito radicado el 25 de octubre de 2019 (archivo 02, C.1), radicó acción popular contra el Municipio de Manizales y el Centro Médico Movimedic.

Pretensiones

El actor popular solicitó se declare que las entidades accionadas vulneran los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, 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; y que en consecuencia:

1. *Se realice la modificación del diseño en este sitio y se construya una rampa de acceso con inicio al nivel de la calle, para que las personas con alteración de la marcha y las ambulancias, para que (sic) podamos acceder a dicho centro médico sin poner en riesgo nuestra integridad física, la vida por una mala caída o ser atropellado por un conductor distraído.*
2. *Se garantice el acceso al centro médico MOVIMEDIC, ubicado en la carrera 23 Nro. 70 A - 21 para la comunidad de movilidad reducida."*

Hechos de la demanda

Expresó el actor popular que debido a su situación de salud, tiene dificultad para desplazarse por sitios con desnivel.

Explicó que al asistir a una consulta médica en el mes de diciembre de 2018, en el centro médico MOVIMEDIC ubicado en la carrera 23 número 70^a-21 de Manizales, presentó una gran dificultad para superar la altura del sardinel y lograr ubicarse sobre el andén.

Afirmó que las obras realizadas entre el tramo del batallón al sector del Cable no tuvieron en cuenta las personas con dificultad para moverse, y omitieron el deber de crear acceso para ambulancias.

Manifestó que los derechos de las personas con movilidad reducida están siendo vulnerados con estas circunstancias, sumado a la situación de no existir señalización para estacionarse en la carrera 23 con el propósito de poder ingresar al mencionado centro médico.

Derechos colectivos invocados como vulnerados

El actor popular consideró vulnerados los derechos colectivos contemplados en el artículo 4, literales d), h), l) y m), de la Ley 472 de 1998, que se refieren al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; 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.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Municipio de Manizales

Afirmó que no ha puesto en peligro por acción u omisión los derechos colectivos invocados por el accionante.

Mencionó que la administración municipal adelantó y adoptó las medidas administrativas, técnicas, y presupuestales para la realización de obras en dicho sector y para dar solución a las necesidades de la comunidad, al haber construido las rampas y pavimentos de acuerdo con la normatividad vigente del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) y los criterios definidos para el diseño del proyecto.

Indicó que la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales, según oficio SA-801 del 29 noviembre 2021, presentó informe técnico que se fundamentó en visita realizada al centro médico ubicado en la Carrera 23 n° 70 a-21.

En cuanto a las excepciones formuló las que denominó:

“Improcedencia de la acción”, expresando que no se está frente a una auténtica acción popular y tampoco se da la vulneración de los derechos que señalan en el escrito de demanda, porque ya la Secretarías de Obras Públicas y Salud del municipio han informado la existencia de las adecuaciones de la vía y del centro médico, además, en cuanto a rampas para acceso de ambulancias dicho centro médico no presta este servicio y no es una entidad que preste servicios de hospitalización o de urgencias, solo prestan servicios de consulta externa y electromiografías y la norma no exige rampas se acceso a ambulancias.

“Inexistencia de los presupuestos legales para incoar la acción”, indicando que el accionante no acreditó la relación de causalidad que pudiera existir entre la presunta afectación del Interés Colectivo y la acción u omisión del Municipio de Manizales.

“Carencia de prueba que constituya presunta vulneración de derechos colectivos”, afirmando que no basta con indicar que determinados hechos u omisiones violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración, por cuanto en el presente asunto no se aportó la prueba de omisiones, negligencia o desatención a los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública.

“**Genérica**”, en el entendido que se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

EI CENTRO MÉDICO MOVIMEDIC no presentó escrito de contestación.

AUDIENCIA DE PACTO DE CUMPLIMIENTO

El 1 de marzo de 2022, comparecieron las partes procesales y el Ministerio Público a la audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida, habida cuenta que no se logró formula de pacto (archivo 25, C.1).

TRÁMITE DE LA ACCIÓN

Reparto y admisión: Al encontrarse satisfechos los presupuestos contenidos en el artículo 18 de la Ley 472 de 1998, y después de ordenarse la corrección de la demanda, el Juez de instancia admitió la acción popular mediante providencia del 27 de febrero de 2020, ordenando comunicar sobre el trámite adelantado al sujeto pasivo de la acción, al Defensor del Pueblo, al Procurador Judicial Administrativo y a los miembros de la comunidad en general.

Notificación y traslado: El 05 de marzo de 2020, se notificó la demanda mediante mensaje de datos, a las partes del proceso (archivo 09, C.1).

LA PROVIDENCIA APELADA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 26 de abril de 2023, declaró responsable al Municipio de Manizales de la vulneración de los derechos colectivos contenidos en los literales d), h) y m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Inicialmente se refirió a los mencionados derechos colectivos y a la accesibilidad como mecanismo de integración social de las personas con limitaciones físicas, expresando que el conjunto de medidas previstas por la Ley 361 de 1997 representa un desarrollo específico del artículo 47 Superior en relación con el mandato de articular una política de integración social para los disminuidos físicos.

Expresó que el estado actual en que se encuentra el acceso al centro médico, constituye un riesgo y una barrera para las personas con movilidad reducida, debiendo ir el juez constitucional más allá del simple cumplimiento de disposiciones normativas, en pro de los derechos de la ciudadanía, más exactamente de la población con movilidad reducida, que se erigen como

sujetos de especial protección constitucional.

Adujo que está comprobada la titularidad del espacio público en cabeza del Municipio de Manizales, que constantemente debe ser utilizada por peatones con movilidad reducida, que encuentran en el paso de la calle al andén para arribar al centro médico MOVIMEDIC, una barrera, que además pone en riesgo su vida, en razón a que por tratarse de una avenida principal, cuenta con un constante flujo vehicular.

Indicó que el municipio más allá de escudarse en la construcción del espacio público conforme a las exigencias del POT, debe verificar que se garanticen los derechos fundamentales de la población que emplea estos espacios.

En la parte resolutive de la decisión dispuso:

TERCERO: ORDÉNASE al MUNICIPIO DE MANIZALES que dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, se realicen los estudios y las medidas administrativas, técnicas, financieras y demás, tendientes a la modificación en el andén circundante del centro médico Movimedica ubicado en la carrera 23 no 70 a -21 de esta ciudad, con la finalidad de levantar la barrera de acceso que ello comporta para los pacientes con capacidad física disminuida, con el fin de garantizar el acceso seguro de las personas con capacidad física disminuida, los medios de transporte en los cuales se movilizan y las ambulancias que transporten pacientes con tales dificultades para su desplazamiento autónomo.

SE ORDENA además al MUNICIPIO DE MANIZALES, que realizado el estudio técnico en el que se incluya la propuesta de intervención, el Municipio de Manizales deberá ejecutar las obras allí determinadas en un término máximo de seis (6) meses.

EL RECURSO DE APELACIÓN

El Municipio de Manizales inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el fallador de primer grado, a través de escrito radicado ante la Secretaría de esta Corporación el 3 de mayo de 2023 (archivo 48, C.1).

En el recurso de alzada la apelante enuncia las siguientes inconformidades:

Relató que el fallo objeto de apelación no es claro en determinar la barrera específica que impide el acceso al centro médico Movimedica, por lo que no se indica si la misma es un andén, un bolardo, un cerramiento de antejardín y

además no se precisa la ubicación precisa, altura o cantidad de metros a intervenir.

Expresó que el representante de “MOVIMEDIC” no informó al contratista que realizó recientemente la obra del Bulevar donde se ubica el andén objeto de la presente acción, sobre la necesidad de adecuar dicho espacio.

Agregó que el establecimiento de servicio asistencial de carácter privado “MOVIMEDIC”, se instaló a prestar su servicio en ese local después de realizadas estas obras de construcción del Bulevar por parte del municipio y hoy se pretende este acceso plano a costa de los recursos públicos.

Resaltó que la única circunstancia que existe como “riesgo” para ingresar al inmueble en cita es, posiblemente, la altura del andén frente a la fachada del centro asistencial “MOVIMEDIC” ubicado en la Carrera 23 No. 70 A 21, el cual es fácilmente superable desde el mismo andén del inmueble contiguo, cuyo acceso, a centímetros de esta fachada, está a la altura de la calzada. Agregó que esto debió valorarse objetivamente como “atenuante” de solución, pero así no se tuvo y primó fue la “comodidad” que ofrece el ingresar por el frente del inmueble en cuestión.

Para explicar lo anterior aportó la siguiente imagen:



Mencionó que lo que se busca realmente en esta acción popular es la “demolición del andén” para lograr el uso del antejardín como parqueadero en interés particular, porque el ingreso ya está solucionado para ingresar al centro asistencial “MOVIMEDIC”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 15 y 16 de la Ley 472 de 1998, reglamentaria de la acción popular, esta Corporación es competente para conocer de la misma en segunda instancia.

Presupuestos procesales

En el presente caso los presupuestos procesales se hallan satisfechos, esto es, la demanda en forma, la legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, el derecho de postulación ejercido por las partes y, además, no existen causales de nulidad que vicien lo actuado, por lo que es procedente dictar la sentencia de rigor.

Generalidades

La acción popular consagrada en el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia está instituida como un mecanismo procesal elevado a rango constitucional con trámite preferencial, por medio de la cual las personas naturales o jurídicas, pueden demandar del Estado en cualquier tiempo, aún durante los estados de excepción, 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 y la libre competencia económica, con el objeto de evitar un daño contingente, hacer cesar algún peligro, amenaza, vulneración o agravio sobre los mismos o restituir las cosas a su estado anterior cuando ello fuere posible.

Elementos para la procedencia de la acción popular

En el mismo sentido y dado la forma y términos de la reglamentación contenida en los artículos 1, 2 y 9 de la Ley 472 de 1998, los elementos necesarios para la procedencia de la acción popular son las siguientes:

- a) Su 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

En consideración a lo expuesto por la parte accionante en la demanda y el recurso de apelación, así como lo dispuesto por el Juez de primera instancia, se deberá resolver el siguiente interrogante:

- *¿El Municipio de Manizales omite garantizar a la comunidad de movilidad reducida el acceso al centro médico MOVIMEDIC, ubicado en la carrera 23 Nro. 70 A - 21 de Manizales?*

En caso afirmativo:

- *¿Vulnera el Municipio de Manizales los derechos colectivos invocados por la parte actora en este asunto?*

Hechos debidamente acreditados

- El actor popular solicitó el 16 de septiembre de 2019 a diferentes dependencias de la administración municipal de Manizales, que se adelanten las gestiones para modificar el diseño del andén ubicado en la carrera 23 No 70 A -21 de esta ciudad para que las personas con alteración en la marcha puedan acceder al centro médico Movimedic ubicado en tal nomenclatura, sin poner en riesgo su integridad física.
- En informe técnico PSI-SJM-FR- 047, elaborado por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales, se indica que el inmueble ubicado en la carrera 23 numero 70^a-21 no cuenta con ningún tipo de garaje al interior de la edificación. Adicionalmente expresa que el POT de Manizales adoptado por Acuerdo 0958 de 2017 establece que en ningún caso podrán ocuparse para parqueaderos las franjas correspondientes al antejardín, el andén y las franjas de amoblamiento urbano y zonas verdes.
- En Oficio SA-801 del 29 noviembre 2021, la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales aporta informe técnico sobre el inmueble objeto de la presente acción en el que se expresa que el centro médico si cumple con las medidas de acceso para las personas con dificultad de movilidad.
- El Juez de primera instancia realizó el 17 de agosto de 2022, la diligencia de inspección judicial a las instalaciones del Centro Médico Movimedic

ubicado en la carrera 23 No 70 a -21 de Manizales, con el objeto de verificar los hechos mencionados en la demanda.

Carga de la prueba

El artículo 30 de la ley 472 de 1998 se refiere a la carga de la prueba en los siguientes términos:

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

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

Como lo dicta la norma precitada, la carga de la prueba corresponde al demandante, afirmación que hace referencia al Principio de “*onus probandi*”, consistente en que recae sobre cada parte procesal demostrar los hechos que pretende acreditar en el proceso, en consecuencia, en el caso de no acreditar los hechos deberá asumir las consecuencias negativas que esta omisión conlleva.

Como lo ha mencionado el Consejo de Estado, la actividad procesal que obedece al principio del “*onus probandi*” ha sido definida por la doctrina en los siguientes términos:

“Con 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:

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

b) *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

c) *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.¹

(...)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.²

Apreciando el tema, el Consejo de Estado al referirse a la carga de la prueba en acciones populares ha concluido que le corresponde al demandante o al que quiere acreditar un hecho probarlo, a saber³:

Sobre la carga de la prueba en acciones populares, la jurisprudencia⁴ 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 la parte actora 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, en primera instancia, por el tribunal de instancia.”

Del servicio público y derecho constitucional a la salud

¹ Antonio Rocha Alvira, Derecho Probatorio, Universidad Externado de Colombia, 1987.

² Antonio Rocha Alvira, Derecho Probatorio, Universidad Externado de Colombia, 1987.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 26 de marzo de 2019, Radicado: 15001-23-33-000-2013-00494-01(AP), Consejero ponente: Hernán Sánchez Sánchez

⁴ Cita de cita: Sentencia del 30 de junio de 2011, M.P. Marco Antonio Velilla Moreno, expediente 50001-23-31-000-2004-0640-01.

Sobre este tema, el H. Consejo de Estado⁵ en providencia del 6 de agosto de 2020, al resolver un recurso de apelación contra una providencia proferida por este Tribunal, expresó lo siguiente:

“La Constitución Política de 1991 establece que “[l]a seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. [...]”. En tal virtud, la cobertura de los servicios del Sistema de Seguridad Social será ampliada progresivamente. De igual forma, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable que se encuentra en cabeza de todos los habitantes del territorio.

Asimismo, la Constitución traza el mejoramiento de la calidad de vida de la población como una de las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho, para lo cual fijó en cabeza de las entidades del Estado, el objetivo prioritario de solucionar las necesidades insatisfechas de las personas en materia de salud, entre otra.

En desarrollo del precepto mencionado, la Ley 100 de 23 de diciembre de 1993 dispuso que “[l]a Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

El Sistema de Seguridad Social Integral se compone de aquellas prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios que se proyectan en favor de la comunidad ante las contingencias que puedan afectarla, a fin de protegerla en sus derechos irrenunciables y garantizarle su dignidad y calidad de vida.

La Ley Estatutaria 1751 de 16 de febrero de 2011 advierte que el derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual,

⁵ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020) Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00350-01 (AP) Actor: MÓNICA PATRICIA SÁNCHEZ CASTAÑEDA Demandado: ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD NUEVA E.P.S. Referencia: ACCIÓN POPULAR – RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA Derechos colectivos presuntamente conculcados: DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN MATERIA DE SALUD

como en lo colectivo. En esa medida, “[...] [c]omprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado. (Negrilla del Texto).

Competencia para la intervención de andenes

Para determinar qué entidad territorial es responsable del mantenimiento de los andenes en la zona objeto de discusión, es necesario realizar un breve recorrido por la normativa relacionada con las dimensiones y condiciones físicas de dichos elementos del perfil vial.

El artículo 82 de la Constitución Política impone al Estado, representado por las autoridades territoriales, la obligación de velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el particular, así:

“Artículo 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.

Las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su acción urbanística y regularán la utilización del suelo y del espacio aéreo urbano en defensa del interés común.”

En este sentido al determinar lo que se debe entender por espacio público el artículo 5 de la ley 9 de 1989 incluyó como elemento constitutivo del mismo los andenes:

“ARTICULO 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 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.”(Subrayas de la Sala)

Por su parte, la Ley 388 de 1997 en su artículo 5 asigna a los municipios y distritos la competencia para la regulación del uso y disfrute del espacio público:

Artículo 5º. Concepto. El ordenamiento del territorio municipal y distrital comprende un conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas, emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.

En las normas sobre planeación urbana sostenible se define el perfil vial como una representación gráfica de la vía que esquematiza y el conjunto de elementos urbanísticos que la comprenden. En tal sentido el Decreto 798 de 2010, al determinar los elementos de los perfiles viales dispone:

Artículo 7º. Elementos de los perfiles viales. En la planificación, diseño, construcción y/o adaptación de las vías del perímetro urbano los municipios o distritos podrán establecer que los perfiles viales vehiculares se conformen como mínimo por el andén y la calzada. Adicionalmente podrán contener los componentes del perfil vial señalados en el literal a) numeral 2 artículo 5º del Decreto 1504 de 1998 o norma que lo adicione, modifique o sustituya, según lo establecido en el plan de ordenamiento territorial y en las normas que regulen la materia.

La vía de circulación peatonal se podrá conformar como mínimo por la franja de circulación peatonal y la franja de amoblamiento.

Parágrafo. Los elementos del perfil de los pasos urbanos se sujetarán a las reglamentaciones que sobre fajas de retiro expida el Gobierno Nacional, según lo dispuesto por la Ley 1228 de 2008.

Artículo 8°. Estándares para los andenes. Se podrán adoptar los siguientes estándares para la planificación, diseño, construcción y/o adaptación de los andenes de las vías del perímetro urbano de los municipios o distritos:

a) El andén se compone de la franja de circulación peatonal y de la franja de amoblamiento.

b) La dimensión mínima de la franja de circulación peatonal de los andenes será de 1.20 metros.

c) La dimensión mínima de la franja de amoblamiento cuando se contemple arborización será de 1.20 metros y sin arborización 0.70 metros.

d) Para el diseño y la construcción de vados y rampas se aplicará en lo pertinente la Norma Técnica Colombiana NTC 4143 "Accesibilidad de las personas al medio físico. Edificios, Rampas Fijas".

e) Para orientar el desplazamiento de las personas invidentes o de baja visión en el diseño y construcción de los andenes se aplicará, en lo pertinente, la Norma Técnica Colombiana NTC 5610 "Accesibilidad de las personas al medio físico. Señalización Táctil".

Por su parte, el artículo 8 del Decreto 1538 de 17 de mayo de 2005 establece la competencia para conocer de la accesibilidad a las vías públicas en los siguientes términos:

*Artículo 8. Accesibilidad en las vías públicas. **Las vías públicas que se construyan al interior del perímetro urbano** a partir de la vigencia de este decreto, deben contemplar la construcción de la totalidad de los elementos del perfil vial, en especial, las calzadas, los separadores, **los andenes, los sardineles**, las zonas verdes y demás elementos que lo conforman, según lo que establezca el Plan de Ordenamiento Territorial del municipio o distrito.*

Las vías públicas existentes al interior del perímetro urbano, que a la fecha de expedición de este decreto no cuenten con la totalidad de los

elementos del perfil vial, deberán adecuarse de acuerdo con lo dispuesto en los planes de adaptación del espacio público del respectivo municipio o distrito, y con sujeción a las condiciones de accesibilidad establecidas en el artículo 7° del presente decreto y a las normas del perfil vial establecidas por el respectivo municipio o distrito dentro del término de vigencia del Plan de Ordenamiento Territorial.

En este orden de ideas, es claro que el Municipio de Manizales tiene en el marco de sus competencias el ordenamiento territorial en su jurisdicción, lo cual comporta la regulación del uso y disfrute del espacio público.

Conforme a lo expuesto hasta el momento, esta Sala Plural de Decisión según las normas citadas, y contrario a lo señalado por la apoderada judicial del municipio en el recurso de alzada, considera que a la entidad territorial le asiste la obligación del cumplimiento de las responsabilidades en relación con la construcción de andenes como elemento del perfil vial. En ese mismo sentido, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“[...] Finalmente, conviene recordar que, en términos generales, ante la falta de andenes **la Sección Primera del Consejo de Estado ha sostenido que su construcción corresponde al municipio o distrito, incluso en el evento de su carencia en lotes donde se le imponga esta obligación y el cerramiento de los mismos a su propietario, pues el solo mandato sin su consiguiente efectividad no constituye salvaguarda del espacio público sino que revela la omisión del ente territorial en velar por su destinación al goce y uso común.**”⁶ (Negrillas de la Sala)*

En sentencia del 21 de febrero de 2008, al resolver la apelación interpuesta contra el fallo de primera instancia que decidió la acción popular promovida con ocasión de la carencia de andenes en vías del Municipio de Floridablanca, destacó:

“Sea lo primero señalar que dentro de las competencias de los municipios se encuentra la de proteger el uso y goce del espacio público en su jurisdicción, como quiera que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 y 315-1 de la Constitución Política y 5° de la Ley 9 de 1989, los alcaldes son la primera autoridad de policía en su respectivo municipio y por lo tanto tienen el deber legal de hacer cumplir las normas constitucionales y legales. (...). Sin embargo, a folios 1 a 5 obran 13 fotografías en las cuales se observa que en algunas de las zonas aledañas señaladas en la demanda, la vía vehicular

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación 25000-23-25-000-2004-02457-01(AP)

colinda directamente con una franja de césped con alguna vegetación que obstruye la libre circulación de las personas en condiciones normales y hace imposible la de otras que padezcan discapacidades físicas, niños o de la tercera edad.

(...).

En tales circunstancias es claro que en el lugar de los hechos, no existen zonas destinadas a la circulación de peatones, en los términos previstos en el artículo 2° de la Ley 769 de 2002 y los “andenes” visibles en las fotografías no cumplen el objeto señalado en dicha norma.”

En conclusión, la responsabilidad en la intervención de andenes como parte de los perfiles viales se encuentra asignada en este caso al Municipio de Manizales.

Sobre la accesibilidad al inmueble objeto de la presente acción

El artículo 13 de la Constitución Política consagra como derecho fundamental el de la igualdad de todas las personas ante la ley e impone como obligación a cargo del Estado, promover las condiciones para que ese derecho sea real y efectivo, así como proteger a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

En armonía con esa disposición, el artículo 47 de la misma Carta expresa que corresponde al Estado adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les debe prestar la atención especializada que requieran.

En desarrollo de esas normas constitucionales, el legislador expidió la Ley 361 de 1997 *“Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”*, que en título IV contiene las normas y criterios básicos para facilitar la accesibilidad de las personas con movilidad reducida, sea esta temporal o permanente.

El artículo 43 de esa ley dispone en el párrafo: *“Los espacios y ambientes descritos en los artículos siguientes, deberán adecuarse, diseñarse y construirse de manera que se facilite el acceso y tránsito seguro de la población en general y en especial de las personas con limitación”*.

El artículo 44 define la accesibilidad como la condición que permite en cualquier espacio o ambiente interior o exterior, el fácil y seguro desplazamiento de la población en general, y el uso en forma confiable y

segura de los servicios instalados en estos ambientes; las barreras físicas como todas aquellas trabas, irregularidades y obstáculos físicos que limiten o impidan la libertad o movimiento de las personas.

Por su parte el artículo 45 enseña que son destinatarios especiales de este título, las personas que por motivo del entorno en que se encuentran, tienen necesidades especiales y en particular los individuos con limitaciones que les haga requerir de atención especial, los ancianos y las demás personas que necesiten de asistencia temporal y el 46 califica la accesibilidad como elemento esencial de los servicios públicos a cargo del Estado.

El artículo 47, en relación con la eliminación de las barreras arquitectónicas en las edificaciones abiertas al público que se vayan a construir, o en las ya existentes, establece en su parte pertinente, lo siguiente:

“La construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley. Con tal fin, el Gobierno dictará las normas técnicas pertinentes, las cuales deberán contener las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones.

Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior, de tal manera que deberá además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales.”

De acuerdo con esa norma y para garantizar el derecho a la accesibilidad a las personas con discapacidad que consagra la ley, las edificaciones existentes para la fecha en que entró en vigencia deben ser adecuadas de manera progresiva para permitir la, con sujeción a la reglamentación técnica que expidiera para tal efecto el Gobierno Nacional.

En el Decreto 1538 de 2005, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, reglamentó la anterior disposición que de conformidad con el literal b) del artículo 1º es aplicable para el diseño y ejecución de obras de construcción, ampliación, adecuación y modificación de edificios, establecimientos e instalaciones de propiedad pública o privada, abiertos y de uso al público.

El artículo 9º, en el literal C) numeral 1, dispone:

“CARACTERÍSTICAS DE LOS EDIFICIOS ABIERTOS AL PÚBLICO. Para el diseño, construcción o adecuación de los edificios de uso público en general, se dará cumplimiento a los siguientes parámetros de accesibilidad: ...

C. Acceso al interior de las edificaciones de uso público

1. Al menos uno de los accesos al interior de la edificación, debe ser construido de tal forma que permita el ingreso de personas con algún tipo de movilidad reducida y deberá contar con un ancho mínimo que garantice la libre circulación de una persona en silla de ruedas...” ‘

En relación con el espacio público, el artículo 5 de la Ley 9 de 1989, adicionado por el 117 de la Ley 388 de 1997, previó:

“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...”.

El artículo 2.2.3.4.1.1 del Decreto 1077 de 2015, dice en su parte pertinente:

“Accesibilidad al espacio público. Los elementos del espacio público deberán ser diseñados y construidos dando cumplimiento a los siguientes parámetros:

1. Vías de circulación peatonal

1.1 Los andenes deben ser continuos y a nivel, sin generar obstáculos con los predios colindantes...

1.9 Los espacios públicos peatonales no se podrán cerrar ni obstaculizar con ningún tipo de elemento que impida el libre tránsito peatonal...”.

Solución del caso concreto

En el presente asunto la parte demandante pretende la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, 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.

Como consecuencia de dicha declaración solicita que se ordene la modificación del acceso, con inicio al nivel de la calle, del centro médico MOVIMEDIC ubicado en la carrera 23 Nro. 70 A - 21 de Manizales, con el propósito de facilitar el ingreso de la comunidad con movilidad reducida, ya que se presenta dificultad para superar la altura del sardinel y lograr ubicarse sobre el andén.

El Juez de primera instancia encontró vulnerados los derechos colectivos y ordenó realizar *“los estudios y las medidas administrativas, técnicas, financieras y demás, tendientes a tendientes a la modificación en el andén circundante del centro médico Movimedica ubicado en la carrera 23 no 70 a -21 de esta ciudad, con la finalidad de levantar la barrera de acceso que ello comporta para los pacientes con capacidad física disminuida, con el fin de garantizar el acceso seguro de las personas con capacidad física disminuida, los medios de transporte en los cuales se movilizan y las ambulancias que transporten pacientes con tales dificultades para su desplazamiento autónomo”*.

Así mismo dispuso que una vez realizados los estudios, el Municipio de Manizales deberá ejecutar las obras allí determinadas en un término máximo de seis (6) meses.

En el escrito de apelación la entidad territorial demandada expresó que el fallo de primera instancia no es claro en determinar la barrera específica que impide el acceso al centro médico Movimedica.

Agregó que la única circunstancia que existe como *“riesgo”* para ingresar al inmueble en cita es, posiblemente, la altura del andén frente a la fachada del centro asistencial *“MOVIMEDIC”* ubicado en la Carrera 23 No. 70 A 21, el cual es fácilmente superable desde el mismo andén del inmueble contiguo, cuyo acceso, a centímetros de esta fachada, está a la altura de la calzada.

Precisado lo anterior, este Tribunal advierte que en relación con la accesibilidad al inmueble donde funciona el centro médico *“MOVIMEDIC”*, en las pruebas que obran en la actuación se tiene lo siguiente:

En informe técnico PSI-SJM-FR- 0477, elaborado por la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales a solicitud del comité de conciliación de la entidad, se indicó:

En relación con la acción popular 2019-00310 Centro Médico Movimedica, después de realizar la revisión del respectivo expediente, esta Secretaría ha realizado visita técnica en la Carrera 23 No. 70ª-21, frente al Centro Médico MOVIMEDIC, observando andén que hace parte del tramo de bulevar Cable- Batallón- paseo Vizcaya.

En dicho sector se realizó la construcción de un andén tipo bulevar, que fue adelantada mediante un convenio interadministrativo entre Aguas de Manizales- Invama y la Alcaldía de Manizales. Cabe destacar que la Entidad que adelantó la Construcción e Interventoría de dicha obra fue Aguas de Manizales, razón por la cual mediante comunicación SOPM-1992-UGT-VU-2021 se informó al Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dicha situación y se remitió comunicación SOPM-1993-GVU-2021 a Aguas de Manizales SA ESP, para que de acuerdo a su competencia emitiera respuesta respecto a la presente Acción popular.

Vale la pena destacar que la construcción se realizó de acuerdo con la normatividad vigente del Plan de Ordenamiento Territorial (POT) y los criterios definidos para el diseño del proyecto.

Según concepto técnico emitido por la Secretaría de Planeación Municipal, mediante oficio S.P.M 18-4428, de octubre 18 de 2018, el predio ubicado en la Carrera 23 No. 70ª-21, no cuenta con ningún tipo de garaje al interior de la edificación, por otro lado, el Plan de Ordenamiento Territorial de Manizales adoptado por el acuerdo 0958 de 2017 establece en su anexo Normas Generales, que "En ningún caso podrán ocuparse para parqueaderos las franjas correspondientes al antejardín, el andén y las franjas de amoblamiento urbano o zonas verdes".

Igualmente, como puede observarse en el registro fotográfico, en el sitio en mención se aprecia rampa de acceso para personas con movilidad reducida, la cual se presenta desde la avenida Santander hasta el acceso a la zona de antejardín.

En Oficio SA-801 del 29 noviembre 2021⁸, la Secretaría de Salud del Municipio de Manizales aporta informe técnico sobre el inmueble objeto de la presente acción en el que se expresa que el centro médico si cumple con las medidas de acceso para las personas con dificultad de movilidad.

En el oficio mencionado se indicó:

-En la visita se pudo evidenciar que se cuenta con rampa en material concreto en la parte exterior del establecimiento contiguo a andenes y en la entrada, cuyo objetivo es permitir el acceso o ingreso a sillas de ruedas y personas con discapacidad al establecimiento.

De otra parte se realiza recorrido por todo el centro médico ubicado en un primer piso donde cuenta con dos consultorios, un área de procedimientos de electromiografías, un área de almacenamiento de residuos, dos servicios sanitarios distribuidos uno para damas y uno para caballeros y un servicio sanitario para discapacitados el cumple con la norma.

(...)

En cuanto a rampas para acceso de ambulancias dicho centro médico no presta este servicio y no es una entidad que preste servicios de Hospitalización o de Urgencias, solo prestan servicios de Consulta Externa y Electromiografías. (Por lo tanto la norma no exige rampas de acceso a Ambulancias)

⁷ Archivo 17, C.1.

⁸ Archivo 21, C.1.

Hasta este punto, la Sala advierte que el centro médico “MOVIMEDIC” no presta servicio de ambulancia, ni de hospitalización o urgencias, sino únicamente de consulta externa y electromiografía.

Así mismo, se infiere de lo expuesto por la entidad territorial demandada que entre el andén ubicado en la Carrera 23 No. 70 A 21 y la puerta de acceso al mencionado centro médico, existe una rampa para permitir el acceso de personas con movilidad reducida.

Ahora, el Juez de primera instancia realizó el 17 de agosto de 2022, diligencia de inspección judicial a las instalaciones del Centro Médico Movimedic ubicado en la carrera 23 No 70 a - 21 de Manizales, con el objeto de verificar los hechos mencionados en la demanda. En el acta de dicha diligencia se advierte la relación de las siguientes imágenes:





Así mismo, en el registro audiovisual de dicha diligencia, el médico fisiatra José Fernando Gómez Rendón, identificado con cédula de ciudadanía 10.268.519, propietario del centro médico Movimedic, expresó lo siguiente en relación con el acceso al centro médico, la concurrencia de ambulancias y el estado del andén antes y después de la construcción del bulevar Cable-Batallón:

“(…)

Quizás el ejemplo mas real es la parte de ambulancias, a veces llegan pacientes hospitalizados en ambulancia para consulta o para exámenes y la ambulancia le toca quedarse en la parte externa haciendo trancón porque normalmente es horario de oficina, mientras bajan el paciente, la camilla, mientras esperan el paciente que vuelva a salir (...) también el paciente que llega en silla de ruedas tiene mucha dificultad para acceder al centro” (Minuto 02:29, archivo 38, C.1).

Hubo algunas reuniones antes de comenzar la obra y durante la obra para explicarles la situación (...) simplemente se hizo la obra como estaba proyectada, de pronto lo que hicieron fue intentar organizar una rampita como para ayudar al acceso. Esa rampa fue lo que plantearon como solución en el momento de la obra, la hizo el mismo contratista de la obra”

(…)

Estaba la rampa para parquear la ambulancia o un vehículo, incluso está la demarcación ahí de acceso a discapacitados (...) estaba la rampa normal de acceso de cualquier vivienda, era rampa de acceso de una altura muy mínima, las personas podían acceder sin ningún problema, si llegaban en taxi podía bajar del taxi abrir la silla de ruedas y entrar perfectamente sin ningún problema. Y las ambulancias muy fácil (sic), porque llegaban, parqueaban sin ningún problema y bajaban pacientes, sin armar trancones, sin nada, podían esperar a los pacientes que terminaran la consulta el examen y sin problema” (Minuto 07:42 archivo 38, C.1)

De acuerdo con lo expuesto hasta este punto, infiere la Sala que a diferencia de lo expuesto por el Municipio de Manizales en el recurso de apelación, se acreditó en este asunto que antes de la construcción del Bulevar entre el sector del Cable y el Batallón, el centro médico Movimedica tenía acceso para vehículos tipo ambulancia directamente desde la vía sobre la avenida Santander en Manizales.

Así mismo, se demostró que al mencionado centro médico sí arriban ambulancias con pacientes que requieren de exámenes o consultas con especialistas.

También se probó que después de la construcción del mencionado Bulevar, no es posible el acceso directo de vehículos desde la vía sobre la avenida

Santander hacía el espacio que antes se utilizaba como parqueadero en el inmueble donde funciona el centro médico.

Finalmente, se acreditó que los pacientes con limitaciones de movilidad, para poder acceder al inmueble en el cual funciona el centro médico, deben dirigirse hasta el andén ubicado frente al edificio contiguo, el cual sí cuenta con rampa de acceso como se observa en las imágenes registradas en la inspección judicial.

De lo expuesto, la Sala concluye que en este asunto se demostró que el acceso al centro médico Movimedic ubicado en la carrera 23 No 70 a -21 de Manizales, se realiza a través de una rampa que se ubica entre el andén construido después de la intervención del bulevar Cable-Batallón y el inmueble en el cual funciona el mencionado establecimiento.

Así mismo, infiere este Juez plural que para llegar hasta dicha rampa de acceso al inmueble, las personas con movilidad reducida no lo pueden hacer por el andén ubicado frente a dicha edificación, sino algunos metros antes o después en el mobiliario urbano dispuesto por la entidad territorial demandada y que se ubica contiguo al centro médico, lo que en criterio de esta Sala vulnera los derechos colectivos transcritos en el fallo objeto de apelación⁹.

Por este motivo, la Sala considera que Movimedic no vulnera derechos colectivos en este asunto, toda vez que esa entidad privada garantiza el ingreso a sus instalaciones con la rampa ubicada entre el andén y la puerta de acceso a la IPS.

Ahora, al encontrarse definido el andén como parte integrante del espacio público cuya responsabilidad en la construcción y mantenimiento es del Municipio de Manizales, considera esta Sala de decisión que es la entidad territorial demandada la responsable de la vulneración de derechos en este asunto, teniendo en cuenta además que se acreditó que antes de la intervención de la zona con la construcción de un bulevar, se encontraba habilitada una rampa para acceso al inmueble.

No comparte entonces este Juez plural el criterio de la entidad territorial demandada al exponer en el recurso de apelación que lo que se busca

⁹ *“El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público”, la “seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente”, el “acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad públicas”; y tampoco “la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollo urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes”.*

realmente en esta acción popular, es la “demolición del andén” para lograr el uso del antejardín como parqueadero en interés particular, porque desde su punto de vista el ingreso ya está solucionado con la rampa dispuesta para recibir desde el andén al antejardín del centro asistencial “MOVIMEDIC”.

En efecto, este Tribunal considera que se demostró una efectiva imposibilidad o barrera para acceder al andén ubicado frente al inmueble en el cual funciona el centro médico, ya que se describieron los inconvenientes de acceso para los pacientes que arriban a este sitio a través de ambulancias, situación que se presentó por no haberse conservado la rampa que existía antes de la construcción del bulevar en la zona.

Esta Corporación destaca que el objeto del presente asunto es el acceso al centro médico Movimedic, ubicado en la carrera 23 No 70 a -21 de Manizales, el cual en criterio de esta Corporación debe abarcar el ingreso al andén que se encuentra próximo al mismo, en tanto gran parte de la población que acude a esa institución tiene dificultades en la movilidad.

Adicionalmente, la Sala advierte que antes de la intervención de la zona por parte del municipio demandado, el inmueble contaba con acceso directo con rampa desde la avenida Santander, ingreso que fue eliminado con la construcción del mencionado bulevar.

En este sentido, en armonía con lo expuesto por la Procuradora 181 Judicial I y el Juez de primera instancia, el andén próximo al centro médico Movimedic ubicado en la carrera 23 No 70 a -21 de Manizales, se constituye en una barrera de acceso para la mayoría de pacientes con capacidad física disminuida temporal o permanente, por lo que se encuentra pertinente la orden de protección de los derechos colectivos.

Sobre el término para el cumplimiento de las órdenes en el presente asunto

El Municipio de Manizales en el recurso de apelación expresó que se debe eliminar el término de cuatro meses concedido para realizar el estudio ordenado por el Juez de primera instancia. Agregó que en su lugar, se debe permitir que la orden se cumpla sin establecer un plazo determinado.

Respecto de tal manifestación, en criterio de este Tribunal el término concedido para realizar el estudio técnico no debe ser objeto de modificación, toda vez que el plazo se advierte razonable y es necesario para verificar el cumplimiento de lo expuesto por el Juez de la acción popular.

Conclusión

Esta Sala observa que, de acuerdo con las pruebas recaudadas en el proceso, se acreditaron las circunstancias descritas como vulneradoras de derechos colectivos.

Por esta razón, se confirmará la sentencia objeto de apelación, en tanto la misma dispuso la elaboración de un estudio y la adopción de las medidas administrativas, técnicas, financieras y demás, tendientes a la modificación en el andén circundante del centro médico Movimedica ubicado en la carrera 23 n°70 a-21 de esta ciudad, con la finalidad de levantar la barrera de acceso que ello comporta para los pacientes con capacidad física disminuida, así como la ejecución de las obras que resulten de dicho análisis.

Por lo expuesto este Tribunal confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales.

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

RESUELVE

Primero. CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia proferida el veintiséis (26) de abril de dos mil veintitrés (2023) por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales en el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos de la referencia.

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

Notifíquese y cúmplase

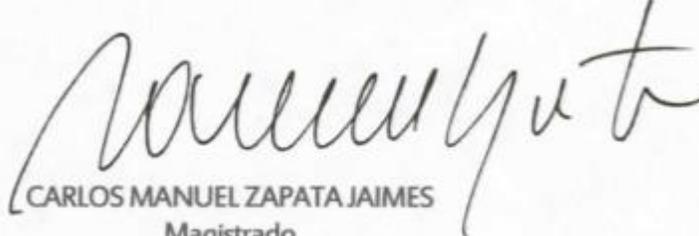


AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

Ausente con permiso



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 206

FECHA: 21/11/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 212

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-39-007-2016-00312-02
Demandante: Lucía del Socorro Berrío Cadavid
Demandada: ESE Hospital San José de Viterbo

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 062 del 17 de noviembre de 2023

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

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del primero (1°) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Lucía del Socorro Berrío Cadavid contra la ESE Hospital San José de Viterbo.

DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de septiembre de 2016 (páginas 1 a 14, archivo 01, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad del Oficio n° 200.03.100 del 26 de abril de 2016, con el cual el Hospital San José de Viterbo negó el reajuste salarial solicitado por la parte actora.

¹ En adelante, CPACA.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Hospital San José de Viterbo reconocer y pagar a favor de la parte actora y de manera retroactiva al 1º de enero de cada año, lo siguiente:
 - a) Ajuste salarial para el año 2015, por valor de 0.66%, sobre el salario básico devengado en el año inmediatamente anterior, teniendo en cuenta que la inflación en el año 2014 fue de 3.66% y el aumento efectivo de sus salarios fue de 3%.
 - b) Ajuste salarial para el año 2016, por valor de 2.77%, sobre el salario básico devengado en el año inmediatamente anterior, teniendo en cuenta que la inflación en el año 2015 fue de 6.77% y el aumento efectivo de sus salarios fue de 4%.
3. Que como consecuencia del reajuste salarial mencionado se reliquiden las prestaciones sociales causadas en los años 2015 y 2016.
4. Que la condena se actualice conforme lo prevé el artículo 187 del CPACA, aplicando los ajustes de valor (indexación) desde el 1º de enero de 2015 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia que le ponga fin al proceso.
5. Que se ordene liquidar los intereses comerciales y moratorios en el evento que el pago no se realice en forma oportuna, como lo autoriza el artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene a la parte demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (Páginas 2 a 5, archivo 01, C.1):

1. La señora Lucia del Socorro Berrío Cadavid labora al servicio del Hospital San José de Viterbo en un cargo de carrera administrativa desde el 6 de abril de 1993.
2. El salario devengado por la accionante para el año 2016 fue de \$1'420.598.

3. Para el año 2015 y con fundamento en el Acuerdo n° 004 de 2014, la entidad demandada decidió hacer un ajuste salarial del 3% a todos los empleados, tal como consta en el Oficio n° 210.04-072 del 12 de mayo de 2015. La citada cifra es ostensiblemente inferior a la inflación del año 2014.
4. Para el año 2016, el ajuste salarial fue del 4%, esto es, inferior a la inflación del año 2015.
5. La inflación para los años 2014 y 2015 fue de 3.66% y 6.77%, respectivamente.
6. En abril de 2016, la parte actora elevó solicitud a la entidad accionada, tendiente a obtener el reajuste salarial para los años 2015 y 2016, con el consecuente reajuste de sus prestaciones sociales por el mismo período y de manera indexada.
7. Mediante Oficio n° 200.03.100 del 26 de abril de 2016, el Hospital San José de Viterbo negó dicha reclamación con fundamento en que el aumento salarial para los empleados de la ESE no tiene que ser igual al incremento de la inflación; y que además la entidad se encontraba en un plan de saneamiento fiscal y financiero, y no tenía competencia para hacer reajuste alguno, pues ésta recaía en el Concejo Municipal de Viterbo y la Junta Directiva de la ESE.
8. Según consta en Oficio n° H.C.M 4.1. 047/16 del 14 de marzo de 2016, el Concejo Municipal de Viterbo no interviene en la fijación de la escala salarial de los empleados de la ESE Hospital San José de Viterbo, y mucho menos en los incrementos salariales, ya que la competencia corresponde a la Junta Directiva de esta última entidad.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante invocó como vulneradas las siguientes disposiciones: Constitución Política: artículos 13 y 53; Código Sustantivo del Trabajo: artículo 21; y Ley 4ª de 1966: artículos 4 y 12. Estimó así mismo desconocidas las sentencias C-1433 de 2000, C-710 de 1999 y T-102 de 1995 de la Corte Constitucional.

Expuso que con el ajuste salarial dispuesto por la Junta Directiva de la ESE demandada, se desconoció no sólo el IPC o la inflación de los años 2014 y 2015, sino también el acuerdo nacional suscrito por el Gobierno Nacional con las centrales obreras del país, en el cual se contempló un incremento del

4.66% para el año 2015 y del 7.77% para el año 2016, con retroactividad al 1º de enero de cada año.

Sostuvo que la Corte Constitucional ha reiterado de manera pacífica que, independientemente del salario que devenguen los empleados públicos, aquél debe ser ajustado anualmente en el mismo valor que tuvo la inflación el año inmediatamente anterior, de manera obligatoria por disposición constitucional, como una manera de mantener el poder adquisitivo y el derecho a un salario mínimo, vital y móvil.

Manifestó que la situación fiscal del país no es un argumento suficiente para desconocer el ajuste del salario de los servidores públicos, pues existe un deber constitucional de conservar el valor real del salario, haciendo como mínimo los ajustes periódicos por inflación.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

De acuerdo con la constancia secretarial de fecha 24 de septiembre de 2017 y la providencia del 10 de septiembre de 2018 (páginas 60 y 64, archivo 01, C.1), la entidad demandada no radicó respuesta a la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 1º de junio de 2020, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en primera instancia (archivo 04, C.1), a través de la cual negó las súplicas de la demanda, con fundamento en lo siguiente.

De conformidad con los artículos 150, 313 y 315 de la Constitución Política y 12 de la Ley 4ª de 1992, la Juez *a quo* explicó las competencias en la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos del orden territorial, así: **i)** al Congreso de la República le corresponde señalar los principios y parámetros generales a tener en cuenta; **ii)** al Gobierno Nacional le compete determinar el régimen salarial y prestacional y señalar los límites máximos de los salarios de los empleados territoriales; **iii)** a las Asambleas y Concejos Municipales les incumbe establecer las escalas de remuneración de los cargos de sus dependencias según la categoría del empleo y con respeto de los límites máximos fijados por el Gobierno Nacional; y **iv)** los gobernadores y alcaldes deben fijar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, teniendo en cuenta lo establecido por las Asambleas y Concejos.

Concluyó que es a las juntas directivas y los gerentes de las Empresas Sociales del Estado a quienes en virtud de la autonomía que les confiere su propia dirección, en los términos del artículo 5 y 11 del Decreto 1876 de 1994, les están asignadas las tareas de asegurar la unidad de objetivos e intereses de dichas entidades, identificar sus necesidades esenciales y definir las estrategias de servicio, lo que naturalmente supone la existencia de un amplio grado de autonomía en la toma de decisiones, básicamente en lo que respecta a su autodeterminación.

Afirmó que el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario de los servidores públicos cuyo monto es menor al del promedio ponderado, constitucionalmente merece un trato y protección especial por parte del Estado al tratarse de un grupo que es más vulnerable a las fluctuaciones económicas del país, razón por la cual debe garantizárseles que su salario mantenga el poder adquisitivo, por tanto resulta justificable que se tenga en cuenta como criterio para su aumento la inflación; no obstante el derecho a conservar el poder adquisitivo del salario de los servidores públicos que más devengan, si puede ser limitado mas no desconocido, por ende para estos debe incrementarse algún porcentaje observando la proporcionalidad de la escala salarial dentro de la cual se encuentran.

Trajo a partes de la sentencia C-1064 de 2001 de la Corte Constitucional para señalar que el aumento salarial de los empleados públicos debe ser anual pero de ninguna manera debe ser igual para todos, en la medida en que debe consultarse el nivel de ingresos para determinarlo, por lo que tal derecho no es absoluto sino que admite limitaciones que atañen a las diversas condiciones económicas que presentan los trabajadores estatales.

De conformidad con lo anterior y con el material probatorio recaudado, la Juez de primera instancia consideró que a la parte actora no le asiste derecho al reajuste salarial reclamado, en tanto el salario básico de la demandante fue incrementado anualmente y tal incremento no debe ser igual para todos los servidores públicos ni en la misma proporción de la inflación.

Explicó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, toda vez que el salario percibido por la demandante para los años 2015 y 2016 superó los dos (2) salarios mínimos mensuales legales, escenario que conforme al criterio jurisprudencial analizado, la hace acreedora de las limitaciones del poder adquisitivo de su salario, razón por la cual el incremento de su asignación podía efectuársele en porcentajes inferiores a los de la inflación causada para los años 2014 y 2015.

Reiteró que sólo aquellos empleados públicos cuyas asignaciones no se encuentran dentro de los salarios altos del sector público, esto es, que no superan los dos (2) salarios mínimos legales mensuales, son los gozan de protección reforzada con respecto al incremento salarial, motivo por el cual, sólo a estos les asiste el derecho a que sus salarios se reajuste de conformidad con la inflación, es decir, con la variación del I.P.C. del año inmediatamente anterior.

Advirtió que los incrementos del 3% para el año 2015 y el 4% para el año 2016, resultan ajustados al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia citada en precedencia, por cuanto su reajuste se hizo en porcentaje superior al 50% de la inflación causada el año inmediatamente anterior (2015=4.6% y 2016=7%), razón por la cual, en el caso en concreto no se desconoce el derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios de la demandante percibidos durante la vigencias mencionadas, y en consecuencia se negarán las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante memorial obrante de folios 81 a 84 del cuaderno principal, la parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con fundamento en lo siguiente.

Manifestó que el ajuste anual del salario por inflación ni siquiera es un aumento real del mismo con respecto al año inmediatamente anterior, sino que es una simple corrección de la pérdida de su valor adquisitivo.

Afirmó que al estar acreditado que la inflación decretada por el Gobierno Nacional para los años 2014 y 2015 fue superior que el incremento salarial fijado por la entidad demandada, se encuentra así mismo demostrado que la accionante ha sufrido un detrimento del poder adquisitivo de su salario.

Reiteró que la demanda encuentra fundamento en sentencias de la Corte Constitucional en las que se ha reconocido como un derecho de los empleados públicos el reajuste anual de sus salarios de manera que se compense la pérdida del poder adquisitivo que aquellos sufren debido a la inflación. Para ello, acotó que el Alto Tribunal ha sostenido que el reajuste nunca puede ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira.

Precisó que la remuneración móvil de que habla la Constitución no sólo comprende el salario mínimo sino también a todos los salarios de los

trabajadores, pues es una lógica consecuencia de la naturaleza sinalagmática y conmutativa de la relación laboral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante

La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación.

Parte demandada

No se pronunció en esta etapa procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en el asunto de la referencia.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 23 de marzo de 2021, y allegado el 14 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 02, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 18 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para alegatos, derecho del cual únicamente hizo uso la parte demandante. El Ministerio Público no intervino en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 25 de junio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia (archivo 06, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue presentado.

Problema jurídico

El asunto jurídico por resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar las siguientes cuestiones:

- *¿Tiene derecho la parte demandante a que para los años 2015 y 2016 se reajuste su salario en el mismo porcentaje en que se calculó la inflación para los años 2014 y 2015?*
- *En caso afirmativo, ¿procede la reliquidación de sus prestaciones sociales por el mismo período?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; y **ii)** examen del caso concreto.

Hechos debidamente acreditados

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

1. La señora Lucia del Socorro Berrío Cadavid se encuentra vinculada a la ESE Hospital San José de Viterbo como auxiliar de enfermería desde el 6 de abril de 1993, y para el año 2016 percibe una asignación mensual de \$1'420.598 (página 15, archivo 01, C.1).
2. Según consta en el Oficio n° 210.04.072 del 12 de mayo de 2015 (página 28, archivo 01), el incremento salarial efectuado a los empleados públicos y trabajadores oficiales del Hospital San José de Viterbo para la vigencia 2015 fue del 3%, conforme al Acuerdo n° 004 de 2014 expedido por la Junta Directiva de la entidad, y para el cual se tuvo en cuenta el riesgo fiscal y financiero de la ESE.
3. El 6 de abril de 2016, la señora Lucia del Socorro Berrío Cadavid radicó reclamación administrativa a la ESE Hospital San José de Viterbo, solicitando el reajuste salarial de los años 2015 y 2016 en el mismo porcentaje en que se calculó la inflación para los años 2014 y 2015 (Pág.17, archivo 01, C.1).
4. Con Oficio n° 200.03.100 del 26 de abril de 2016 (pág.22, archivo 01, C.1), la ESE Hospital San José de Viterbo negó la solicitud hecha, aduciendo no tener competencia para hacer ajustes salariales a los empleados, como quiera que la misma está asignada al Concejo Municipal de Viterbo y a la junta directiva de la entidad.

5. Mediante Oficio n° H.C.M 4.1 047/16 del 14 de marzo de 2016 (página 25, archivo 01, C.1), el Concejo Municipal de Viterbo informó al sindicato SINDESS del Hospital San José de Viterbo a través de derecho de petición que elevara éste, que nunca ha intervenido en la fijación de la escala salarial o incremento de salarios de la ESE, pues ello es competencia de la junta directiva de la misma entidad.

Examen del caso concreto

La Constitución Política de 1991 en su artículo 150, numeral 19, literal e), asignó como competencia especial al Congreso de la República la facultad para dictar las normas generales, y señalar los objetivos y criterios a los que debe sujetarse el Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos:

ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

(...)

*e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los **empleados públicos**, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública;*

(...) (Resalta la Sala)

Existe entonces una competencia compartida entre el Legislador y el Ejecutivo, con base en la cual el Congreso de la República determina los lineamientos generales que debe acatar el Ejecutivo al momento de regular la materia.

El Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, “*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política*”.

En lo que respecta a los empleados públicos de orden territorial, la citada ley

estableció que el Gobierno Nacional tiene la competencia para establecer su régimen salarial y prestacional, de acuerdo con el marco fijado por el Congreso de la República, sin que en ello puedan intervenir las corporaciones públicas territoriales. La norma es del siguiente tenor literal:

ARTÍCULO 12. *El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.*

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad.

PARÁGRAFO. *El Gobierno señalará el límite máximo salarial de estos servidores guardando equivalencias con cargos similares en el orden nacional.*

El artículo transcrito fue declarado exequible de manera condicional por la Corte Constitucional en sentencia C-315 de 1995, “(...) siempre que se entienda que las facultades conferidas al gobierno se refieren, en forma exclusiva, a la fijación del régimen prestacional de los empleados públicos territoriales, al régimen prestacional mínimo de los trabajadores oficiales territoriales y al límite máximo salarial de los empleados públicos de las entidades territoriales”.

Conforme a los artículos 300 –numeral 7–² y 313 –numeral 6–³ de la Constitución Política, a las asambleas departamentales y a los concejos municipales les corresponde fijar la escala salarial de remuneración de las distintas categorías de empleos dentro de su jurisdicción; mientras que a los gobernadores y alcaldes les compete determinar los emolumentos de los empleos de sus dependencias, atendiendo lo previsto por los artículos 305 –numeral 7–⁴ y 315 –numeral 7–⁵ de la misma Carta Política.

² “**ARTICULO 300.** Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

(...)

7. Determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta”.

³ “**ARTICULO 313.** Corresponde a los concejos:

(...)

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

⁴ “**ARTICULO 305.** Son atribuciones del gobernador:

(...)

7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas. Con cargo al tesoro departamental no podrá

Las competencias referidas deben ser ejercidas en todo caso sin desconocer lo señalado en el párrafo del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, esto es, con respeto al límite máximo salarial fijado por el Gobierno Nacional.

En lo que respecta a las Empresas Sociales del Estado, cuya naturaleza jurídica es la de ser entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y patrimonio propio conforme se extrae del artículo 194 de la Ley 100 de 1993, debe precisarse que el régimen salarial y prestacional de sus empleados públicos es el establecido para los servidores del orden nacional, tal como se extrae del artículo 30 de la Ley 10 de 1990⁶, por remisión del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.

Lo anterior implica que en la determinación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las ESE, existe una sujeción a las competencias señaladas anteriormente respecto del Congreso de la República y del Gobierno Nacional, según el mandato del artículo 12 de la Ley 4ª de 1992.

El Consejo de Estado ha precisado que las juntas directivas de las ESE tienen competencia para fijar el incremento salarial para sus empleados públicos, de acuerdo con su presupuesto y sin exceder los límites determinados por el Gobierno Nacional. Del mismo modo, ha indicado que las Empresas Sociales del Estado no pueden fijar gastos que excedan las apropiaciones presupuestales, so pena de que los funcionarios que así lo ordenen, incurran en falta disciplinaria. Así lo ha expuesto en sentencias del 12 de marzo de 2015⁷, reiterada a su vez en sentencia del 15 de septiembre de 2016⁸.

crear obligaciones que excedan al monto global fijado para el respectivo servicio en el presupuesto inicialmente aprobado.”.

⁵ “**ARTICULO 315.** Son atribuciones del alcalde:

(...)

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

⁶ “**ARTÍCULO 30. RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES OFICIALES Y DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.** Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo, el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo. A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley”.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03028-01(1463-14).

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 15 de septiembre de 2016.

Una de las garantías que prevé el artículo 53 de la Constitución Política es el derecho que tiene todo trabajador a mantener una remuneración mínima, vital y móvil; concepto que hace referencia al mantenimiento del poder adquisitivo real del salario.

Tal como lo manifiesta el recurrente, en sentencia C-1433 de 2000, la Corte Constitucional sostuvo que todos los servidores públicos tienen el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario, por lo que el mismo debe ser reajustado anualmente con base en la inflación causada en el año inmediatamente anterior, para lo cual fijó un método específico y una fórmula precisa de indexación salarial con base en el IPC.

Sin embargo, posteriormente el mismo Alto Tribunal profirió la sentencia C-1064 de 2001, en la que se apartó de las conclusiones expuestas en la sentencia C-1433 de 2000 en relación con el reconocimiento del derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios con fundamento solamente en la base de la inflación del año anterior.

En efecto, la Corte Constitucional señaló que tal orden es incompatible con otros precedentes de la propia Corporación y específicamente con la *ratio decidendi* de las sentencias C-710 de 1999 y C-815 de 1999, puesto que éstas no limitaron como único criterio para el incremento salarial la base de inflación del año anterior, sino que consideraron que tal medida dependía de la ponderación de un conjunto de factores sociales y económicos y no sólo de éste.

Indicó adicionalmente que la sentencia C-1433 de 2000 se separó del precedente jurisprudencial que concibe el derecho a la igualdad bajo un criterio material o sustancial según el cual hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Expuso la Corte que al reconocerse como regla general el deber de aumentar el salario a todos los servidores públicos sin excepción, se desconoce el principio según el cual los derechos no son absolutos sino relativos, particularmente el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario, por lo que puede ser limitado por razones constitucionales justificadas y con ponderación de otros derechos, fines y principios constitucionales. Sostuvo:

(...) considera la Corte importante insistir en la distinción entre la naturaleza limitable del derecho, consustancial a todos los derechos constitucionales en un Estado Social de Derecho, de un lado, y el desmejoramiento de los derechos sociales, de otro. La prohibición de

desmejora de los derechos sociales de los trabajadores no convierte a dichos derechos en absolutos, ni implica que el derecho a un reajuste para responder a la inflación que afecta a la población en general deba ser reconocido en forma absoluta a todos los servidores públicos, independientemente de su nivel de ingresos.

Afirmó el Alto Tribunal en la sentencia referida que ante la falta de regulación relacionada con el criterio que debe tenerse en cuenta al momento de incrementar los salarios de los servidores públicos, debe acudir directamente a la Constitución y diferenciar qué servidores públicos, por su nivel salarial, tienen una protección reforzada al momento de fijar el aumento, como es el caso de aquellos que perciben un salario menor al del promedio general, lo que deriva en que el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario, aplicando como criterio preponderante la inflación, se torne intangible, esto es, que no pueda ser tocado ni limitado.

En relación con los servidores que devengan los salarios más altos, señaló la Corte que no deben recibir una protección constitucional reforzada, pues no tienen una situación tan gravosa. No obstante lo anterior, advirtió que la limitación no implica el desconocimiento total, por lo que no es posible dejar de reconocer algún porcentaje que garantice a aquellos el derecho a conservar el poder adquisitivo de su salario.

Descendiendo al caso que convoca la atención de esta Sala de Decisión, se observa que para los años 2015 y 2016, la ESE Hospital San José de Viterbo incrementó el salario de la parte demandante en un 3% y 4%, respectivamente. Esto es, la entidad accionada cumplió el deber constitucional de aumentar anualmente el salario a fin de conservar en alguna medida su poder adquisitivo.

Dado que según la constancia obrante a folio 15 del expediente, la parte actora devengaba para el año 2016 un salario superior al mínimo de esa época, considera este Tribunal que aquella no sería objeto en todo caso de una protección constitucional reforzada que amerite un incremento salarial igual a la inflación de los años 2014 y 2015.

Conclusión

De conformidad con las consideraciones expuestas, estima esta Sala de Decisión que a la parte demandante no le asiste derecho al reajuste salarial que reclama y, en ese sentido, la sentencia dictada en primera instancia que negó las súplicas de la demanda habrá de ser confirmada.

Costas

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

En efecto, siguiendo el criterio objetivo valorativo al cual acude el Consejo de Estado, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

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

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del primero (1°) de junio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda promovida por la señora Lucia del Socorro Berrío Cadavid en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la ESE Hospital San José de Viterbo.

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

Tercero. RECONÓCESE personería jurídica al abogado ARIEL VALENCIA MEJÍA, identificado con la cédula de ciudadanía n° 4'418.968 expedida en Pereira, y portador de la tarjeta profesional n° 45.814 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de la ESE Hospital San José de Viterbo, en los términos y facultades señaladas en el poder obrante en el archivo 07 del cuaderno de segunda instancia.

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

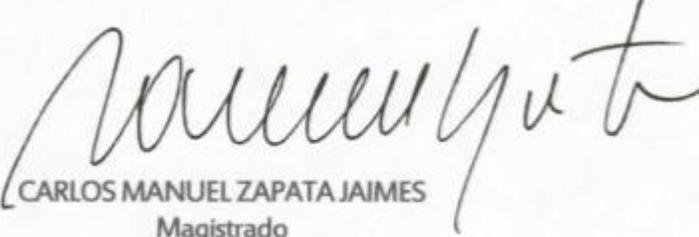
Quinto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado
Ausente con permiso



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **206**

FECHA: **21/11/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

CONSTANCIA SECRETARIAL: el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado, confirmando la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Consta de un (01) cuaderno en el expediente electrónico.

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



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

Radicado: 17001-23-33-000-2015-00715-00 (4174-2021)
Proceso: Nulidad y Restablecimiento del derecho
Demandante: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Demandado: José María Díaz Hernández

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S. 086

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

Toda vez que el H. Consejo de Estado confirmó la sentencia proferida por este Tribunal el día 31 de enero de 2020, estése a lo dispuesto por la Suprema Corporación de lo Contencioso Administrativo.

Ejecutoriado el presente auto, liquídense los gastos del proceso, devuélvanse los remanentes si los hubiere y procédase al archivo de las diligencias, efectuando las anotaciones respectivas en el programa informático Justicia Siglo XXI.

Notifíquese

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**NOTIFICACIÓN POR ESTADO**

No. 206

FECHA: 21/11/2023

**Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas**
Secretaria

Firmado Por:

Augusto Ramon Chavez Marin

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Oral 5

Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **c886a8eb1a0a66f8a0d79119e567669bb739ebf2be8e32084b11ee4fe891c8d3**

Documento generado en 20/11/2023 02:28:29 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL: El presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue devuelto del H. Consejo de Estado, CONFIRMANDO PARCIALEMTE la sentencia emitida por esta corporación el 24 de septiembre de 2018.

Consta de dos (02) cuadernos.



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 17-001-23-33-000-2016-00120-00
Demandante: Omar Orozco Cárdenas
Demandado: Procuraduría General de la Nación

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.S.279

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

Estese a lo dispuesto por el Consejo de Estado en providencia del dos (06) de junio de dos mil veintitrés (2023) (fls. 244 a 249 C.1) por medio de la cual se confirma parcialmente la sentencia emitida por esta corporación en Sala de Conjuces, el 24 de septiembre de 2018.

Ejecutoriado el presente auto, líquidense los gastos del proceso, agencias en derecho y costas si las hubiere y archívese el expediente previo la correspondiente anotación en el programa informático "Justicia Siglo XXI".

Notifíquese y Cúmplase



JORGE IVÁN LOPEZ DÍAZ
Conjuez