

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 131

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-005-2017-00398-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: José Fernando Botero Sánchez
Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Dian

Se decide recurso apelación impetrado por el demandante contra la sentencia que negó sus pretensiones.

I. Antecedentes

1. La demanda

1.1. Pretensiones principales.

“Que se declare la NULIDAD de la LIQUIDACIÓN OFICIAL DE REVISIÓN No. 102412016000007 del 12/MAY/2016, expedida por la División de Liquidación de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Seccional Manizales.

Que se declare la NULIDAD de la RESOLUCIÓN RECURSO DE RECONSIDERACIÓN NO. 1102362017000001 del 26/ABR/2017, expedida por la División de Gestión Jurídica de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - Seccional Manizales.

Que a título de restablecimiento del derecho, se declare que el denunció rentístico asociado al año 2012 presentado por JOSÉ FERNANDO BOTERO SÁNCHEZ el día 14/AGO/2013, adquirió firmeza anticipada el día 16/FEB/2015, en virtud del beneficio de auditoría del artículo 689-1 del Estatuto Tributario, y en consecuencia, la declaración de corrección presentada el 12/FEB/2016 no surtió efecto legal alguno.

...

Que se condene en costas procesales y agencias en derecho a la entidad demandada.”

1.2. Pretensiones subsidiarias.

“...se declare que JOSÉ FERNANDO BOTERO SÁNCHEZ no se encuentra obligado a realizar el pago de las sumas determinadas en los actos objeto de control judicial, en la medida que la depuración de su renta líquida calculada, arroja un menor valor que el contenido en la

declaración de corrección No. 1103606010377 del 12/FEB/2016.

Que a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se declare que JOSÉ FERNANDO BOTERO SÁNCHEZ no se encuentra obligado a realizar el pago de las sumas determinadas en los actos objeto de control judicial.”

1.3. Sustento fáctico relevante.

Se señala que, el 15 de agosto de 2012 el señor José Fernando Botero Sánchez presentó su declaración privada del impuesto de renta y complementarios correspondiente al año gravable 2011, con el beneficio de auditoria establecido por el artículo 689-1 del E.T., al haber aumentado su impuesto de renta a cargo -en comparación con el año gravable anterior- en un valor superior a 5 veces la inflación acumulada del 2012; declaración en la cual se reportó un valor de retenciones en la fuente practicadas al contribuyente de \$4.902.000.

Que la Dian inició al trámite de revisión de la declaración privada del impuesto de renta del demandante con posterioridad a la firmeza de dicha declaración, acaecida el 16 de febrero de 2015 -con ocasión del referido beneficio de auditoria-, sustentando dicho proceder en que, de los \$4.902.000 de retenciones en la fuente declaradas por el contribuyente, \$342.000¹ eran inexistentes -valor que fue disminuido en sede de reconsideración a \$183.379².

Que en el marco de dicho proceso, el contribuyente modificó su declaración de renta disminuyendo el valor de las retenciones en la fuente de conformidad con lo señalado por la Dian, modificación que en todo caso fue efectuada con posterioridad a la ya referida firmeza especial de la declaración de renta por el beneficio de auditoria.

Que mediante los actos administrativos demandados “Liquidación Oficial de Revisión No. 102412016000007 de mayo 12 de 2016” y “Resolución Recurso de Reconsideración No. 1102362017000001 de abril 26 de 2017” la Dian modificó los valores declarados por “ingresos brutos operacionales” adicionando \$23.473.000 en razón de los descuentos otorgados por Chevron Petroleum Company, desconociendo que, para el caso de minoristas de combustibles líquidos y derivados del petróleo -como es el caso del contribuyente- los ingresos brutos deben determinarse conforme al artículo 10 de la Ley 26 de 1989, el cual no incluye este tipo de descuentos como parte de dicho cómputo; igualmente se redujo por la Dian en \$10.787.000 los “gastos operacionales de administración” declarados.

Que en sede de reconsideración, el contribuyente aportó certificados de retención en la fuente que no fueron advertidos en la declaración privada, ni en el proceso administrativo, expedidos por Aguas de Manizales S.A E.S.P -\$191.524-; Gestión Energética S.A E.S.P -\$29.763-; y Empresa Metropolitana de Aseo - EMAS -\$44.595- con el fin de demostrar que, la retención en la fuente que le fue practicada efectivamente, fue incluso superior a la declarada, ante lo cual la Dian manifestó no tener en cuenta dichos certificados por no haber

¹ “ - Comercializadora Nacional SAS: \$164.035, ...diferencia entre lo declarado y lo acreditado.

- Formalco SAS: \$158.621... no se aportó certificado

- M&P Construcciones y Consultorías SAS: \$19.188...no se aportó certificado.”

² Aceptando la existencia de la retención en la fuente practicada por Formalco S.A.S.

sido aportados desde la etapa de respuesta al primer requerimiento ordinario.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó los artículos 29, 228 y 229 de la Constitución; 10 de la Ley 26 de 1989; 264 de la Ley 223 de 1995; 42, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011 2, 26,683, 689-1, 730, 742,744, 775, y 776 del Estatuto Tributario -ET; y 20 del Decreto 4048 de 2008.

Señaló que, la Dian desconoció la aplicación del beneficio de auditoría -de pleno derecho- que gozaba la declaración de renta del contribuyente, imponiendo requisitos adicionales y meramente formales para la aceptación de las retenciones en la fuente declaradas, desconociendo que en el proceso administrativo se demostró que la totalidad de las retenciones declaradas sí existieron, y que incluso al contribuyente le fueron realizadas retenciones en valores mayores a los declarados.

En tal sentido arguyó que, el beneficio de auditoría no es optativo para la Dian, ni para el contribuyente, pues no se trata de un derecho renunciabile ni mucho menos de libre disposición, siendo una prerrogativa que opera por ministerio de la ley, que una vez materializada en la reducción del término general de firmeza de las declaraciones privadas, no puede ser desconocido.

Que resulta indiferente que en la lista suministrada a la Dian con ocasión del Oficio del 10 de julio de 2015 -requerimiento ordinario-, no se hayan registrado como agentes retenedores a las empresas antes citadas, ya que el punto central es que los certificados finalmente arribados al proceso administrativo dan fe de la veracidad y realidad de las retenciones practicadas, siendo improcedente la causal de rechazo, ya que en las liquidaciones privadas se declara un total de valores retenidos y no los terceros que practican dichas retenciones, siendo el punto relevante de la discusión el demostrar que el total de retenciones declaradas sí existió, tal como lo hizo el contribuyente en este asunto.

Finalmente señala que, en todo caso, la modificación efectuada por la Dian a la declaración privada presentada por el contribuyente, desconoce el método de determinación del ingreso que ha sido expresamente regulado para el caso de comerciantes minoristas de combustibles líquidos y derivados del petróleo, procedimiento que no establece la posibilidad de determinar el ingreso con base a descuentos comerciales efectuados por los proveedores y permite la detracción de todos los costos y gastos inherentes a la actividad productiva.

2. Contestación de la demanda.

La **Dian** se opuso a las pretensiones del actor y señaló que, si bien es cierto que el demandante reunía los requisitos para estar cobijado por el beneficio de auditoría respecto de la declaración privada correspondiente al año gravable 2012, esta no estaba en firme por haberse detectado que el contribuyente declaró retenciones en la fuente inexistentes; es decir, que dicho beneficio no nació a la vida jurídica por no cumplirse uno de los requisitos previstos en el artículo 689-1 del ET, que se refiere a la inexistencia de retenciones en la fuente. Que precisamente, con ocasión del requerimiento especial efectuado el

contribuyente, este modificó su declaración, reduciendo el valor de las retenciones que le fueron practicadas.

Que en la etapa de investigación, se le informó al contribuyente mediante oficio de julio de 2015 que el valor de \$4.902.000 referente a las retenciones en la fuente, fue objeto de verificación y por ende debía allegar los soportes correspondientes, a lo cual dio respuesta enviando la relación que arrojaba un total de \$4.560.029, informe en el cual no fueron incluidas las retenciones de los terceros: Aguas de Manizales S.A., Gestión Energética S.A. y Empresa Metropolitana de Aseo, las cuales pretende acreditar para justificar el valor declarado por dicho concepto.

Que como se advirtió en sede de reconsideración, el contribuyente pretende demostrar un exceso de retenciones con terceros, que no fue tenido en cuenta en su denuncia rentística ni inicial, ni de corrección, y que tampoco fueron informados cuando fue requerido; retenciones que solo vinieron a ser advertidas en el recurso interpuesto frente a la liquidación oficial; aceptar lo anterior, implicaría una modificación improcedente de las retenciones en la fuente, cuando ya el contribuyente aceptó corregir este renglón.

Respecto a la declaración oficial de revisión expedida advirtió que, no es cierto que se haya aumentado el valor por concepto de ingresos operacionales, pues como puede verse en los actos demandados, la modificación corresponde a los ingresos brutos no operacionales, para los cuales nada tiene que ver lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 26 de 1989 para los minoristas de combustibles líquidos y derivados del petróleo, pues dicha norma impone un método de cálculo de los ingresos operacionales, pero no impide el cálculo regular de los ingresos no operacionales, los cuales se vieron incrementados por el valor de los descuentos comerciales condicionados que le fueron otorgados al contribuyente.

3. Sentencia de primera instancia.

El *a quo* **denegó las pretensiones** del demandante al concluir que, mediante Oficio del 10 de Julio de 2015, la División de Gestión de Fiscalización requirió al demandante con el fin de que aportara información tributaria correspondiente a la declaración de Renta y Complementarios del año gravable 2012, referida a la discriminación de los valores de las retenciones declaradas que le fueron practicadas con sus correspondientes soportes. El propio accionante fue quien en dicha oportunidad suministró un listado de retenciones en la fuente, dentro de las cuales se presentaron, algunas sin el soporte respectivo o en mayor valor al que fue certificado, procediendo el contribuyente a efectuar la corrección de su declaración de renta disminuyendo el valor de las retenciones en la fuente de \$4.902.00 a \$4.560.000, por lo cual concluyó que, no le era dable pretender alegar la existencia de otros valores con posterioridad, al no haber atendido adecuadamente el requerimiento de información efectuado por la Dian.

Agregó que, le asistía razón a la Dian al desconocer los nuevos certificados que "*misteriosamente*" se aportaron como anexos al recurso de reconsideración, relacionados con las retenciones en la fuente practicadas por Gestión Energética S.A. ESP; Aguas de Manizales S.A. ESP y Emas S.A. ESP., en tanto, "*no se entiende cómo una documentación de vital*

importancia para el Comerciante -pues al fin y al cabo con ella podría refrendar los valores declarados como total retenciones para el año gravable 2012-, no la hubiera allegado en su oportunidad”.

En tal sentido señaló que, la declaración de renta presentada por el demandante, no gozaba del beneficio de auditoria que le permitía contar con una firmeza anticipada de 18 meses, por haber declarado retenciones inexistentes, razón por la cual las actuaciones de fiscalización desarrolladas por la Dian fueron oportunas.

Zanjado lo anterior, descendiendo al análisis de las glosas objeto de modificación en los actos demandados, y con sustento en providencia del 14 de mayo de 2015 del Consejo de Estado³ señaló que, la Ley 26 de 1989 consagra una regla para calcular uno de los factores que integran la base gravable como son los “*ingresos brutos*” sin que ello obste para que se de aplicación al artículo 26 del ET para computar la “*base gravable*” del impuesto de renta, la cual está determinada por el valor que resulte de restar a los ingresos brutos los costos incurridos para la obtención de tales ingresos.

Así las cosas concluyó que, los actos administrativos demandados no desconocieron la norma invocada por la parte actora -Ley 26 de 1989, artículo 10- al disponer en aplicación del artículo 26 del ET que, los descuentos comerciales efectuados al contribuyente debieron declararse como mayor valor de los ingresos no operacionales.

4. Recurso de apelación.

La **parte actora** solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones. Señaló que el *a quo* no analizó el contenido de las pruebas allegadas que demuestran que, las retenciones en la fuente por valor de \$4.902.000, incluidas en la declaración de renta son reales, existen y fueron efectivamente practicadas al contribuyente durante el año gravable 2012. Falta de valoración probatoria que fue sustentando por el fallador, porque en su parecer se dio una “*omisión para haberlas presentado en las oportunidades legales*” lo cual en su juicio “*es un problema imputable al propio contribuyente*”, afirmaciones que carecen de sustento legal dado que, no se pueden desconocer las normas de orden público que sin lugar a dudas establecen que, el término de presentación del recurso de reconsideración es una oportunidad procesal idónea para aportar pruebas.

En tal sentido insiste que, no hay fundamento para desconocer los documentos que acreditan la real existencia de las retenciones en la fuente que fueron practicadas al demandante por un valor incluso mayor al de \$4.902.000 señalado en su declaración de renta, razón por la cual no puede argüirse que dicha declaración no goza del beneficio de auditoria.

En cuanto a la modificación de la declaración de renta efectuada por la Dian, insistió en que, los ingresos brutos del demandante deben determinarse a partir del artículo 10 de la Ley 26 de 1989, esto es, “*multiplicando el respectivo margen de comercialización señalado por el Gobierno, por el número de galones vendidos, restándole el porcentaje de margen de pérdida por evaporación*”, para posteriormente remitirse al artículo 26 del ET, para restarle las devoluciones, descuentos y

³ Sección Cuarta, 14 de mayo de 2015, C.P: Hugo Fernando Bastidas Barcenás, Rad: 08001233100020110067001 (19442).

rebajas, para hallar así los ingresos netos y continuar depurando el impuesto conforme a dicha disposición legal.

Que la detracción de los costos asociados a la compra de combustibles, calculando los ingresos fiscales especiales sobre los cuales gira el presente debate judicial, arroja un menor impuesto a cargo en relación con el monto liquidado, como quiera que, la detracción de los costos a los ingresos fiscales disciplinados en el artículo 10 de la Ley 26 de 1989, quedó apenas restringida a partir del año gravable 2017, por efecto de la entrada en vigencia del parágrafo 4 del artículo 28 de la Ley 1819 de 2016.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De conformidad con la sentencia y los argumentos del recurso de apelación, se centra en establecer: *¿Se encontraba en firme la declaración de renta presentada por el demandante por el año gravable 2012 en razón del beneficio de auditoría o por el contrario, la declaración no adquirió firmeza anticipada por haberse declarado retenciones inexistentes y por haber sido modificada por el contribuyente?*

En forma subsidiaria: *¿Las modificaciones efectuadas por la Dian a las glosas de “ingresos brutos no operacionales” y “gastos operacionales de administración” se ajustan a las normas aplicables a la actividad económica del demandante?*

2. Primer problema jurídico

Tesis del tribunal: La declaración de renta presentada por el señor José Fernando Botero Sánchez se encontraba en firme, por aplicación del beneficio de auditoría, por lo que la administración ya no podía ejercer su facultad de fiscalización; ni podía dar efectos legales a la corrección efectuada por el contribuyente a esa declaración tributaria.

Para soportar lo expuesto se establecerán: *(i)* Los hechos relevantes probados; *(ii)* El marco normativo del beneficio de auditoría; y *(iii)* el análisis del caso concreto.

2.1. Hechos relevantes probados.

- El señor José Fernando Botero Sánchez el 15 de agosto de 2012, presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2011, determinando un impuesto renta a cargo por valor de \$9.354.000⁴.
- Igualmente, el referido contribuyente el 14 de agosto de 2013, presentó declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2012 determinando un impuesto renta a cargo por valor de \$10.604.000⁵, incrementando así en un 13,36% el impuesto neto de renta en comparación al año anterior; igualmente se indicó un valor de

⁴ Exp. digital, archivo “03AnexoDemanda”, fl. 71.

⁵ *Ibidem*, fl. 72.

\$4.902.000 por concepto de retenciones en la fuente practicadas al contribuyente⁶.

- La Dian mediante oficio del 10 de julio de 2015, requirió al contribuyente para que brindara información respecto de su declaración de renta del año gravable 2012, solicitando entre otros aspectos, la discriminación de los valores de las retenciones declaradas que le fueron practicadas con sus correspondientes soportes. Además efectuó la inspección tributaria 102382015000061 del 06 de agosto de 2015, dispuso el emplazamiento para corregir 102382015000012 del 08 de octubre de 2015 y el Requerimiento Especial 102382015000043 del 11 de noviembre de 2015⁷.
- El 12 de febrero de 2016 el contribuyente modificó su declaración de renta del año gravable 2012 variando entre otras glosas, la referente a las retenciones en la fuente que le fueron practicadas, disminuyendo su monto a \$4.560.000⁸.
- A través de los actos demandados, esto es, la Liquidación Oficial de Revisión 102412016000007 de 26 de mayo de 2016 y la Resolución recurso de reconsideración 1102362017000001 de 26 de abril de 2017, la Dian modificó la declaración privada del contribuyente, determinando un mayor impuesto a cargo de \$28.143.000 y por concepto de sanciones \$21.833.000⁹.

2.2. Marco legal - Beneficio de auditoría

Con la finalidad de aumentar el recaudo por concepto de impuesto de renta y complementarios, la legislación tributaria ha otorgado un beneficio a los contribuyentes, consistente en obtener la firmeza de sus declaraciones, en forma anticipada al término establecido de forma general, el cual ha sido denominado como beneficio de auditoría y que se obtiene en razón del aumento neto del impuesto a cargo entre uno y otro año gravable en los porcentajes que han sido establecidos en cada oportunidad.

Así para el caso del año gravable 2012 el artículo 689-1 del E.T. dispuso:

***“ARTICULO 689-1. BENEFICIO DE AUDITORÍA.** Para los períodos gravables 2011 a 2012, la liquidación privada de los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que incrementen su impuesto neto de renta en por lo menos un porcentaje equivalente a cinco (5) veces la inflación causada del respectivo período gravable, en relación con el impuesto neto de renta del año inmediatamente anterior, **quedará en firme** si dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha de su presentación no se hubiere notificado emplazamiento para corregir, siempre que la declaración sea debidamente presentada en forma oportuna y el pago se realice en los plazos que para tal efecto fije el Gobierno Nacional.*

...

Cuando se demuestre que las retenciones en la fuente declaradas son inexistentes, no procederá el beneficio de auditoría.” (Destaca la Sala)

⁶ Determinado en un 2,44%, ver: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/mar22/IPC_Variacion.xlsx

⁷ Exp. digital, archivo “12AnexoContestación”, fl. 101-163.

⁸ *Ibidem*, fls. 164-165.

⁹ Exp. digital, archivo “03AnexoDemanda”, fls. 1-45.

Ahora bien, respecto a la no procedencia del beneficio de auditoría, cuando se demuestre que las retenciones en la fuente declaradas son inexistentes, y las oportunidades para aportar las pruebas por el contribuyente, el Consejo de Estado advirtió que¹⁰:

“Uno de los requisitos para acceder al beneficio de auditoría por los años 2000 a 2003¹¹, es que los valores de retención en la fuente imputados o descontados en la declaración de renta sean reales y verificables, es decir, existentes, de manera que tal exigencia deberá demostrarse por el contribuyente con los certificados de retención en la fuente expedidos por el agente retenedor o, en su defecto, con los demás medios de prueba aceptados para fines tributarios. La importancia de los certificados radica en que con ellos se soporta en debida forma el valor imputado al impuesto a cargo liquidado en el correspondiente año gravable.

*De otra parte, está la obligación de la actora de demostrar la existencia de las retenciones en la fuente que fueron practicadas en el año gravable 2002, como requisito para acceder al beneficio de auditoría. Al respecto se observa que si bien la actora no presentó las certificaciones de las retenciones imputadas en la declaración de renta por el año gravable 2002, con ocasión del requerimiento ordinario, de la inspección contable, de la inspección tributaria y del requerimiento especial, las allegó con la respuesta a la ampliación del requerimiento, siendo ésta una oportunidad igualmente válida y procedente para aportar pruebas, **según lo dispone el artículo 744 E.T.**, (...)*

En estas condiciones, como las certificaciones de retención en la fuente fueron allegadas oportuna y válidamente, la Administración debió valorarlas y hacer las verificaciones a que hubiere lugar, dentro de los 6 meses que tenía para expedir la liquidación oficial de revisión, sin que fuera válido entonces haber tenido como “inexistentes” las retenciones imputadas por la actora.

*Por consiguiente, esta Corporación advierte que, no es válido el argumento que sostuvo la demandada en los actos acusados, en el sentido de desestimar las certificaciones de retención en la fuente simplemente por no haber sido aportadas en las oportunidades en que fueron requeridas, porque si bien ello puede justificar la imposición de sanciones relacionadas con la contabilidad, **no desvirtúa la existencia de las retenciones en la fuente imputadas** por la actora en su declaración privada, para efectos de desconocer el beneficio de auditoría por la causal señalada en el artículo 9º literal c) del Decreto 406 de 1991”.*

...

No obstante, esta Corporación advierte que, con base en las copias de las certificaciones aportadas por la demandante, la Administración, en ejercicio de sus facultades de investigación y fiscalización podía realizar cruces de información con los agentes retenedores, todo ello a fin de establecer la realidad de las retenciones.” (Subrayado y negrillas de la Sala)

2.3. Análisis del caso concreto.

¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia, 9 de diciembre de 2010, Radicado: 66001-23-31-000-2007-00041-01(17054).

¹¹ Se destaca que la disposición normativa que contenía el beneficio de auditoría para los años 2000 a 2003 contaba con símil redacción al que fuere establecido para los años 2011 y 2012.

La controversia suscitada entre las partes radica en primer lugar, en la negativa adoptada en los actos administrativos enjuiciados -especialmente en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración- a valorar los certificados de retención en la fuente que fueron presentados por el contribuyente con su recurso, para demostrar la existencia de las retenciones declaradas y que el beneficio de auditoría debía ser aplicado de pleno derecho.

Al respecto, como lo señaló el Consejo de Estado en la providencia previamente citada, la Dian cuenta con la obligación de valorar las pruebas que sean aportadas por el contribuyente en el marco del proceso de fiscalización, siempre que estos sean arribados en las oportunidades legalmente establecidas para el efecto, obligación que adicionalmente se acompaña con las amplias facultades con que cuenta la administración tributaria para efectuar los cruces de información necesarios para determinar la veracidad de las retenciones en la fuente declaradas por el contribuyente.

En tal sentido, el artículo 744 del ET establece las oportunidades probatorias en el marco de los procesos de investigación y fiscalización tributaria, así:

“ARTICULO 744. OPORTUNIDAD PARA ALLEGAR PRUEBAS AL EXPEDIENTE. Para estimar el mérito de las pruebas, éstas deben obrar en el expediente, por alguna de las siguientes circunstancias:

1. Formar parte de la declaración;
2. Haber sido allegadas en desarrollo de la facultad de fiscalización e investigación, o en cumplimiento del deber de información conforme a las normas legales.
3. Haberse acompañado o solicitado en la respuesta al requerimiento especial o a su ampliación;
4. Haberse acompañado al memorial de recurso o pedido en éste...”

Como se observa, la norma en cita no limita las oportunidades para arribar pruebas al procedimiento tributario a la respuesta a los requerimientos de información o para corregir, como fue señalado por la Dian, pues otra de las oportunidades pertinente, es la presentación de estas, con el recurso de reconsideración. Sobre este asunto, el Consejo de Estado¹², señaló:

“En cuanto a la incorporación de pruebas al proceso, el artículo 744 Ib. prevé que deben formar parte de la declaración, haber sido allegadas en desarrollo de la facultad de fiscalización e investigación o en cumplimiento del deber de información, haberse acompañado o solicitado en la respuesta al requerimiento especial o en su ampliación, haberse acompañado al memorial del recurso o pedido en este, o haberse practicado de oficio, entre otras circunstancias¹³.”

Lo anterior supone que en la respuesta al requerimiento especial y con el recurso de reconsideración, el contribuyente puede controvertir las pruebas presentadas por la autoridad fiscal en desarrollo de las facultades de fiscalización e investigación, mediante la incorporación

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente: Milton Chaves García. Sentencia de 26 de noviembre de 2020. Rad.: 25000-23-37-000-2015-00501-01(23046)

¹³ Sentencias del 4 de octubre de 2018, Exp 19778, del 5 de febrero de 2019, Exp. 20851, del 12 de febrero de 2019, Exp. 22156 y del 5 de marzo de 2020, Exp. 21687, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

de las pruebas que considere pertinentes, las cuales deben ser valoradas por la autoridad fiscal por constituir una garantía del debido proceso y de los derechos de defensa y de contradicción.

Además, la norma procesal habilita al demandante y al demandado para aportar o solicitar pruebas ante la jurisdicción en las oportunidades previstas¹⁴ dentro del proceso. En consonancia con la ley, la Sala ha dicho que¹⁵ «con la demanda se pueden presentar las pruebas necesarias para demostrar el derecho pretendido -como ocurre en este caso, lo cual exige que el juez las valore y determine si cumplen la finalidad llevar certeza en relación con los hechos que se pretenden demostrar», debido a que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula las oportunidades probatorias para acudir a la jurisdicción”.

En el caso concreto, la parte actora con su recurso de reconsideración arribó los siguientes certificados de retención en la fuente correspondientes al año gravable 2012¹⁶:

	Agente Retenedor	Valor
1	Productora de Solventes Prodisol	\$ 19.517
2	Infi-Manizales	\$ 13.611
3	María del Pilar López	\$ 1.177.260
4	Supermercado el Ahorro S.A.	\$ 17.857
5	Sodexo S.A.	\$ 13.801
6	Ingequipos y Cia	\$ 191.382
7	Granadina de Vigilancia	\$ 4.833
8	Autolegal S.A.	\$ 892.195
9	Alcaldía de Villamaría	\$ 8.025
10	Alcaldía de Villamaría	\$ 162.782
11	Nutriabonos S.A.	\$ 5.723
12	Sproza Ingenieria	\$ 685
13	C.I. Prozan S.A.	\$ 42.880
14	Calicanto Construcción S.A	\$ 6.408
15	Universidad de Caldas	\$ 15.259
16	Comercializadora Nacional S.A.S.	\$ 1.922.649
17	Big Pass S.A.S.	\$ 9.243
18	Ingeexcavaciones S.A.S.	\$ 42.900
19	Torre Café Aguila Roja y C.I.A. ¹⁷	\$ 13.019
20	Formalco S.A.S.	\$ 158.621
21	Gestión Energética S.A. E.S.P.	\$ 132.228
22	Aguas de Manizales	\$ 191.524
23	EMAS S.A. E.S.P.	\$ 44.595

¹⁴ «ARTÍCULO 212 CPACA. OPORTUNIDADES PROBATORIAS. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código. En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvención y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada. (...)»

¹⁵ Sentencia del 14 de junio de 2018, Exp. 21061, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto.

¹⁶ Exp. digital, archivo “14AnexoContestación”, fl. 125-148.

¹⁷ Respecto de este certificado v. fl. 67, archivo “03AnexoDemanda”.

TOTAL	\$ 5.086.997
--------------	---------------------

La Dian en los actos demandados -incluso desde el requerimiento especial¹⁸- no planteó oposición alguna a la existencia de las retenciones en la fuente a que hacen referencia los certificados 1 a 19 relacionados en la tabla anterior, los cuales acreditan una suma de retenciones en la fuente por \$4.560.029, los cuales de hecho fueron informados desde la respuesta al primer requerimiento de información efectuado al contribuyente.

Respecto a la retención en la fuente practicada por Formalco S.A.S. la Dian señaló en el requerimiento especial que, de la misma no se aportó certificación y respecto de las efectuadas por Gestión Energética S.A. E.S.P., Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y EMAS S.A. E.S.P., al resolver el recurso contra la liquidación oficial señaló que, el contribuyente no podía aportar nuevos soportes de retención en la fuente en sede de reconsideración, en tanto estos no fueron incluidos en la relación de los terceros dada por el contribuyente en respuesta a los requerimientos efectuados por la administración tributaria pues *“nunca fueron declaradas sus retenciones por parte del contribuyente en las declaraciones de renta que presento del año gravable 2012”* además señaló:

“No tiene entonces ningún fundamento jurídico, el que se pretenda cambiar o adicionar a esta altura de la discusión, los terceros agentes retenedores, no solo porque pretende el recurrente mostrar un exceso de retenciones con terceros que ni siquiera fueron tenidos en cuenta por el contribuyente en su denuncia rentística ni inicial ni de corrección sino que ello implicaría una modificación a todas luces improcedente del renglón de retenciones en la fuente, cuando ya el contribuyente aceptó corregir este renglón, no presentándose por ello, discusión alguna en la liquidación oficial de revisión no siendo por ende objeto de modificación alguna”.

Sobre este tópico, como se indicó, de conformidad con el artículo 744 numeral 4º del ET, la Dian sí contaba con la obligación de valorar los certificados de retención en la fuente aportados por el contribuyente con el recurso de reconsideración, para demostrar la existencia de las retenciones declaradas y que el beneficio de auditoria debía ser aplicado de pleno derecho.

Dichos certificados de retenciones, en términos del Consejo de Estado son la prueba idónea para determinar la existencia de las retenciones en la fuente, pues la exigencia que en tal sentido para la aplicación del beneficio de auditoria *“...deberá demostrarse por el contribuyente con los certificados de retención en la fuente expedidos por el agente retenedor o, en su defecto, con los demás medios de prueba aceptados para fines tributarios.”* pues, *“...La importancia de los certificados radica en que con ellos se soporta en debida forma el valor imputado al impuesto a cargo liquidado en el correspondiente año gravable”.*¹⁹

Para la Sala tampoco son de recibo las afirmaciones efectuadas por la entidad accionada referentes a que, el contribuyente no declaró específicamente en su declaración de renta las retenciones practicadas por Gestión Energética S.A. E.S.P., Aguas de Manizales S.A. E.S.P. y EMAS S.A. E.S.P.; pues al momento de la presentación del denuncia rentístico privado, el

¹⁸ V. fl. 146, archivo: “12AnexoContestación”.

¹⁹ Ver la ya citada sentencia del 9 de diciembre de 2010, radicado: 66001-23-31-000-2007-00041-01(17054).

renglón de retenciones en la fuente hace referencia a un valor total, sin que en dicha oportunidad sea posible discriminar que valores individuales lo componen. Por lo cual la Sala comparte la posición planteada por la parte actora al considerar que, la demostración de la existencia de las retenciones practicadas debe atender a la valoración de que la suma total sí haya sido objeto de retención.

Así, de acuerdo con las certificaciones emitidas por los ya referidos agentes de retención y que fueron arribados tanto en sede administrativa, como en el presente asunto, la Sala encuentra acreditado que, al señor José Fernando Botero Sánchez le fueron practicadas durante el año gravable 2012 retenciones en la fuente por valor de \$5.086.997, por lo que mal podría señalar que el valor de \$4.902.000 informado en la declaración privada inicialmente presentada corresponde a retenciones inexistentes, pues como puede verse, las retenciones efectuadas al contribuyente incluso superaron este valor.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento esbozado por la demandada que considera que, la existencia de esas retenciones no podía ser analizada, por haberse aceptado por el contribuyente la modificación de la declaración de renta; esto por cuanto, luego de la firmeza de la declaración, la administración ya no podía ejercer su facultad de fiscalización; el contribuyente no podía efectuar correcciones a esa declaración tributaria, ni la administración podía dar efectos legales a dicha corrección.

Sobre este particular, el Consejo de Estado ha señalado²⁰:

*“Según el artículo 714 del Estatuto Tributario, las declaraciones tributarias quedan en firme dos (2) años después del vencimiento del plazo para declarar o dos (2) años después de su presentación si está ha sido extemporánea, salvo las declaraciones tributarias **que se acojan al beneficio de auditoría, caso en el cual, la firmeza se adquiere en un plazo inferior.***

*De la norma en cita se concluye que la consecuencia de la firmeza de las declaraciones tributarias, consiste en que a partir de ella, **la Administración, no puede ejercer válidamente su facultad de fiscalización respecto de la liquidación privada, ni el administrado puede modificarla; el impuesto determinado es inalterable e indiscutible.***

Sobre el particular la Sala ha afirmado²¹:

*“...considera la Sección que **la firmeza de una declaración tributaria conlleva necesariamente la imposibilidad tanto de la administración de ejercer su facultad de fiscalización, como del contribuyente de corregirla.***

*No debe confundirse el término de firmeza, con la firmeza misma, pues mientras corre el término de firmeza si es posible que tanto la administración como los contribuyentes realicen actos tendientes a determinar correctamente la obligación tributaria, lo que incluye el ejercicio de la facultad de corrección, mientras que **una vez ocurrida la firmeza, el***

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera ponente: Carmen Teresa Ortiz De Rodríguez, 05 de diciembre de 2011, Radicado: 11001-03-27-000-2009-00011-00(17545).

²¹ **Cita de cita:** Sentencia 12949 del 10 de febrero de 2003.

impuesto se vuelve incontrovertible e inmodificable tanto para una parte como para la otra, pues la firmeza es oponible a ambas partes.

Así lo ha precisado la Sala en reiteradas oportunidades cuando se ha considerado que los contribuyentes no pueden efectuar correcciones a una declaración tributaria que se encuentre en firme, ni la administración puede darle efectos legales a dicha corrección²²". (Subrayado y negrillas de la Sala)

En el caso concreto, el contribuyente el 15 de agosto de 2012, presentó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2011, determinando un impuesto renta a cargo por \$9.354.000²³; el 14 de agosto de 2013, presentó y pago - oportunamente²⁴- la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2012, determinando un impuesto de renta a cargo de \$10.604.000²⁵, esto es, incrementando en un 13,36% el impuesto neto de renta en comparación al año anterior; lo que equivale aproximadamente a 5,47 veces el I.P.C. consolidado de 2012²⁶, requisitos formales para la obtención del beneficio de auditoría, que no son objeto de discusión por parte de la administración tributaria.

Así, el contribuyente cumplía los requisitos para la firmeza anticipada de la declaración del año gravable 2012, al tenor del artículo 689-1 del E.T., que disponía:

"ARTICULO 689-1. BENEFICIO DE AUDITORÍA. Para los períodos gravables 2011 a 2012, la liquidación privada de los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que incrementen su impuesto neto de renta en por lo menos un porcentaje equivalente a cinco (5) veces la inflación causada del respectivo período gravable, en relación con el impuesto neto de renta del año inmediatamente anterior, quedará en firme si dentro de los dieciocho (18) meses siguientes a la fecha de su presentación no se hubiere notificado emplazamiento para corregir, siempre que la declaración sea debidamente presentada en forma oportuna y el pago se realice en los plazos que para tal efecto fije el Gobierno Nacional.

...

Cuando se demuestre que las retenciones en la fuente declaradas son inexistentes, no procederá el beneficio de auditoría."

Por lo tanto, la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2012, atendiendo al beneficio de auditoría, adquirió firmeza a partir del 15 de febrero de 2015, pues del contenido de la norma en cita se desprende que la administración solo podía haber notificado el respectivo emplazamiento para corregir hasta el 14 de febrero de 2015, esto es, 18 meses contados desde la fecha de presentación de la respectiva declaración.

²² **Cita de cita:** Entre otras las sentencias de fechas 29 de septiembre de 2000, Exp. 10576 C.P. Dr. Germán Ayala Mantilla; 2 de marzo de 2001 Exp. 11656 C.P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié; 4 de mayo de 2001, Exp. 11653 C.P. Dra. Ligia López Díaz; 2 de noviembre de 2001 Exp. 12407 C.P. Dra. Ligia López Díaz y 26 de septiembre de 2002, Exp. 12790.

²³ Exp. digital, archivo "03AnexoDemanda", fl. 71.

²⁴ De conformidad con el Decreto 2634 de 2012, la fecha límite para la presentación de la declaración de renta del demandante, según el orden fijado por los últimos dos dígitos de su número de cédula era el 16 de agosto de 2013.

²⁵ *Ibidem*, fl. 72.

²⁶ Determinado en un 2,44%, ver: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/ipc/mar22/IPC_Variacion.xlsx

En consecuencia, para la fecha en que fue emitido emplazamiento para corregir, el 08 de octubre de 2015, así como para la fecha en que el contribuyente efectuó la corrección de su declaración, el 12 de febrero de 2016, la administración ya no podía ejercer su facultad de fiscalización; como tampoco el contribuyente podía efectuar correcciones a esa declaración tributaria, ni la administración podía dar efectos legales a dicha corrección.

2.4 Conclusión

En este orden de ideas, aunado a que se demostró que, las retenciones en la fuente declaradas por \$4.902.000 sí existieron y fueron efectivamente practicadas al contribuyente durante el año gravable 2012; se encuentra acreditado que, la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2012, presentada por el señor José Fernando Botero Sánchez se encontraba en firme, por aplicación del beneficio de auditoria establecido en el artículo 689-1 del ET, con anterioridad a la fecha en que fue emitido emplazamiento para corregir, así como para la fecha en que el contribuyente efectuó la corrección de la declaración. Por lo que, la administración ya no podía ejercer su facultad de fiscalización; ni podía dar efectos legales a la corrección presentada por el contribuyente.

Corolario, se impone revocar la sentencia apelada y en su lugar declarar la nulidad de los actos administrativos demandados que modificaron el ya referido denuncia rentístico. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho se advertirá que la declaración de renta presentada por el año gravable 2012 por el contribuyente José Fernando Botero Sánchez el día 14 de agosto de 2013, adquirió firmeza anticipada el 15 de febrero 2015, en virtud del beneficio de auditoria establecido por el artículo 689-1 del Estatuto Tributario.

5. Costas.

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso (CGP), no se impondrá condena en costas teniendo en cuenta que, la posición asumida por la entidad demandada no es absolutamente carente de fundamento legal; además, en esta instancia no se vislumbran actuaciones por parte de los apoderados que puedan generar agencias en derecho, como tampoco que estas hayan incurrido en gastos procesales.

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

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la decisión adoptada en sentencia proferida el 09 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales, mediante la cual se denegaron las súplicas de la parte demandante. En su lugar, **DECLÁRASE** la nulidad parcial de la liquidación oficial de revisión No. 102412016000007 del 12 de mayo de 2016 y de la Resolución recurso de reconsideración no. 1102362017000001 del 26 de abril de 2017.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho **DECLÁRASE** que la declaración de renta presentada por el año gravable 2012 por el contribuyente José Fernando Botero Sánchez el día 14 de agosto de 2013, adquirió firmeza anticipada a partir del 15 de febrero 2015, en virtud del beneficio de auditoria establecido por el artículo 689-1 del Estatuto Tributario.

TERCERO: SIN COSTAS.

CUARTO: Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el Sistema "Justicia Siglo XXI".

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

A.I. 118

RADICADO: 17-001-23-33-000-2018-00084-00
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo a Continuación
EJECUTANTE: Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio
EJECUTADA: Orlando Loaiza Hidalgo

I. ASUNTO.

Procede la Sala Tercera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a estudiar la solicitud de mandamiento de pago formulada.

II. CONSIDERACIONES

La Nación - Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio - Fomag formula demanda ejecutiva con el fin de que se libre mandamiento de pago con ocasión del fallo expedido por esta Corporación el 27 de septiembre de 2019 -confirmado por el H. Consejo de Estado mediante provisto del 26 de agosto de 2021-, sentencia que negó las pretensiones formuladas en la demanda e impuso condena en costas a cargo de la parte actora y a favor de la referida entidad aquí ejecutante.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 297 de la Ley 1437 de 2011 establece los documentos que prestan merito ejecutivo a efectos de que se adelante el proceso ejecutivo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa determinando que, para el caso de sentencias judiciales, constituirán título ejecutivo aquellas que imponen condenas a cargo de las entidades públicas, en efecto dicha canon normativo señala:

“ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.“

Cabe destacar que la anterior limitación respecto a la ejecución de sentencias guarda plena lógica al ser concordada con el artículo 99 del mismo compendio normativo, pues en dicho canon se establece la facultad de cobro coactivo con que cuentan las entidades públicas para la ejecución de las sentencias judiciales que imponen sumas de dinero a su favor, al señalar:

“ARTÍCULO 99. DOCUMENTOS QUE PRESTAN MÉRITO EJECUTIVO A FAVOR DEL ESTADO. Prestarán mérito ejecutivo para su cobro coactivo, siempre que en ellos conste una obligación clara, expresa y exigible, los siguientes documentos:

...

2. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas que impongan a favor del tesoro nacional, o de las entidades públicas a las que alude el parágrafo del artículo 104, la obligación de pagar una suma líquida de dinero.”

Como puede verse, la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se encuentra instituida para adelantar procesos ejecutivos respecto de sentencias judiciales que impongan el pago de sumas de dinero a favor de las entidades públicas, pues para dicho fin se ha establecido la facultad de cobro coactivo en cabeza de dichas entidades e incluso se ha determinado normativamente el deber legal que les asiste de efectuar dicho recaudo -v. art. 98 Ley 1437 de 2011-.

Aunado a lo anterior, cabe recordar que la Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

En tal sentido, el Ministerio de Educación Nacional de conformidad con lo ordenado en la Ley 1066 de 2006 cuenta con facultades para adelantar el recaudo de obligaciones a su favor, pues como lo advierte el artículo 5º de dicha ley *“Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales*

públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario."

En este orden, en atención a lo señalado se,

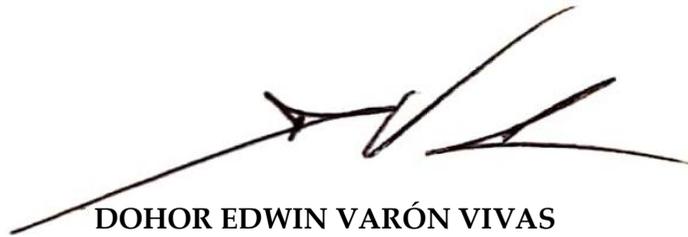
Resuelve

Primero: No librar mandamiento ejecutivo en favor de Nación - Ministerio De Educación - Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio y contra Orlando Loaiza Hidalgo respecto de la sentencia No. 289 del 27 de septiembre de 2019 proferida por este Tribunal.

Segundo: Ejecutoriada esta providencia, archivar el expediente previo las anotaciones pertinentes en el sistema "JUSTICIA SIGLO XXI".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHAVEZ MARIN
Magistrado

17-001-23-00-000-2018-00119-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 186

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia con la cual esta corporación accedió a las pretensiones de la parte actora, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ROBERTO ARIAS ARISTIZÁBAL** contra la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. En firme esta providencia, **REMÍTASE** el expediente al H. Consejo de Estado para que allí se provea lo de ley.

RECONÓCESE personería al abogado **CARLOS FELIPE MANUEL REMOLINA BOTÍA** como apoderado de la parte demandada, en los términos del poder a él conferido /fl. 860/.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de Mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00149-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Alba Lucía Soto Baena
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 93

La Sala 2ª Oral de Decisión procede a dictar **sentencia de primer grado** dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por la señora **Alba Lucía Soto Baena** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante solicita lo siguiente:

***Primera.-** Se declare la nulidad de la Resolución No. 6877-6 del 11 de septiembre de 2017, notificada el día 12 de septiembre de 2017 y la Resolución 9476 - 6 del 04 de Diciembre de 2017, notificada el día 14 de Diciembre de 2017; por medio de las cuales se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.*

***Segunda.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero de 1997 al año 2005 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.*

Tercera.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.

Quinta.- Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Sexta.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.

Séptima.- Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

[...]"

2. Hechos.

En síntesis, los fundamentos fácticos de las pretensiones, son los siguientes:

- La demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas en identidad de cargos.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante la Resolución No. 1942-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4589-6 del 4 de julio de 2013, modificada por la Resolución No. 9181-6 del 11 de diciembre de 2014, se canceló a favor de la ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2005. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 31 de marzo de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios” y “prescripción”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Itera que lo que se pretende en este litigio es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los treinta días (30) posteriores a la acusación del derecho (10 de febrero de 1997), hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial (15 de abril de 2013), esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada.

5.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones deprecadas por la demandante al estimar que las mismas carecen de sustento legal que las respalde; teniendo en cuenta además que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho.

El departamento de Caldas no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?
- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 - *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* - se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- *La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.*

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- *Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:*

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumirían dichas competencias:

“Artículo 15°.- Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38:

“Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de

Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...)”.

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(...) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(...) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendrían como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

“(…) Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 1942-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4589-6 del 4 de julio de 2013, modificada por la Resolución No. 9181-6 del 11 de diciembre de 2014, a la aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 54 a 69 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 70 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2005, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 37 a 45 del cuaderno 1)

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(...) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.
- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.

(iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta Corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...) /Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

5. Costas

No se condena en costas, pues la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal (art. 47 L.2080/21)

¹¹ Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.

¹² Folio 41.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inaplicabilidad de los intereses moratorios”*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de Mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00160-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Luis Moisés Aristizábal Botero
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 94

La Sala 2ª Oral de Decisión procede a dictar **sentencia de primer grado** dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Luis Moisés Aristizábal Botero** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

***Primera.-** Se declare la nulidad de la Resolución No. 6759-6 del 07 de septiembre de 2017, notificada el día 20 de septiembre de 2017 y la Resolución 9550 - 6 del 06 de Diciembre de 2017, notificada el día 14 de Diciembre de 2017; por medio de las cuales se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.*

***Segunda.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero de 1997 al año 2002 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.*

Tercera.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.

Quinta.- Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Sexta.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.

Séptima.- Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

[...]"

2. Hechos.

En síntesis, los fundamentos fácticos de las pretensiones, son los siguientes:

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante la Resolución No. 1723-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4019-6 del 19 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 8806-6 del 11 de diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2002. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 4 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios” y “prescripción”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Itera que lo que se pretende en este litigio es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los treinta días (30) posteriores a la acusación del derecho (10 de febrero de 1997), hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial (15 de abril de 2013), esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada.

La Nación - Ministerio de Educación Nacional y el departamento de Caldas no alegaron de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?
- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 - *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* - se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- *La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.*

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- *Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:*

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución,

a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.*
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.*
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.*
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.*
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.*
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.*
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.*

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumían dichas competencias:

“Artículo 15°.- Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38:

“Organización de plantas. Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...).”

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

“(..) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(..) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendría como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

“(…) Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 1723-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4019-6 del 19 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 8806-6 del 11 de diciembre de 2014, al aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 53 a 62 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 63 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2002, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 37 a 45 del cuaderno 1)

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las

siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(...) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.
- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.
- (iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma

reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.*

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatar que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)”/Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

5. Costas

No se condena en costas, pues la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal (art. 47 L.2080/21)

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹¹ *Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.*

¹² Folio 41.

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inaplicabilidad de los intereses moratorios”*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de Mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00171-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Luis Roberto Muñoz Torres
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 95

La Sala 2ª Oral de Decisión procede a dictar sentencia de primer grado dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **Luis Roberto Muñoz Torres** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

***Primera.-** Se declare la nulidad de la Resolución No. 8634-6 del 08 de noviembre de 2017, notificada el día 15 de noviembre de 2017 y la Resolución 10072 - 6 del 21 de Diciembre de 2017, notificada el día 26 de Diciembre de 2017; por medio de las cuales se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.*

***Segunda.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero de 1997 al año 2002 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago*

total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.

Tercera.- *Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.*

Cuarta.- *Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.*

Quinta.- *Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.*

Sexta.- *Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.*

Séptima.- *Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.*

[...]"

2. Hechos.

En síntesis, los fundamentos fácticos de las pretensiones, son los siguientes:

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento

presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante la Resolución No. 1889-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4221-6 del 26 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 9078-6 del 11 de diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2002. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 7 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la

transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por

pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios” y “prescripción”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Guardó silencio.

5.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la parte demandante al estimar que las mismas carecen de sustento legal que las respalde; teniendo en cuenta además que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho.

El departamento de Caldas no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?

- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 - *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* - se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- *La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.*

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- *Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o*

de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras

la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumían dichas competencias:

“Artículo 15°.- *Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.*

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38 por modo literal:

“Organización de plantas. *Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.*

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. *La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.*

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...).”

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

“Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta.”

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(…) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(…) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendrían como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

“(…) Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 1889-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4221-6 del 26 de junio de 2013, modificada por la Resolución No. 9078-6 del 11 de diciembre de 2014, al aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 53 a 69 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 70 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, la accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2002, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 37 a 45 del cuaderno 1)

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las

siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(...) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.
- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.
- (iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma

reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo*, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187⁸ del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatarse que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)" /Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

5. Costas

No se condena en costas, pues la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal (art. 47 L.2080/21)

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹¹ Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.

¹² Folio 41.

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de “*inexistencia de la obligación con fundamento en la ley*” e “*inaplicabilidad de los intereses moratorios*”, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero o: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Sala 2ª. Oral de Decisión
Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicación	17001-23-33-000-2018-00174-00
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	José Fernando Soto Ospina
Accionado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – FNPSM y Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 98

La Sala 2ª Oral de Decisión procede a dictar **sentencia de primer grado** dentro del proceso de **nulidad y restablecimiento del derecho** promovido por el señor **José Fernando Soto Ospina** contra la **Nación - Ministerio de Educación Nacional** y el **Departamento de Caldas**.

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

I. Antecedentes

1. Pretensiones.

La parte demandante deprecia lo siguiente:

***Primera.-** Se declare la nulidad de la Resolución No. 8638-6 del 8 de noviembre de 2017, notificada el día 15 de noviembre de 2017 y la Resolución 10074 - 6 del 21 de Diciembre de 2017, notificada el día 26 de Diciembre de 2017; por medio de las cuales se desconocieron y negaron los Intereses moratorios generados con ocasión al pago tardío del retroactivo de la Homologación y Nivelación salarial.*

***Segunda.-** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que el actor tiene pleno derecho a que el DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, le reconozcan y ordenen pagar los intereses moratorios, efectivos a partir del día siguiente a los treinta (30) días posteriores a su causación - 10 de Febrero de 1997 al año 2001 - y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, estos es, el día 15 de Abril de 2013.*

Tercera.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a pagar al actor los intereses moratorios a que tiene derecho, liquidados con base al interés bancario corriente desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de pago; en consideración a que, el pago de la nivelación salarial debe hacerse al igual que el salario, por periodos de treinta (30) días, por tanto, una vez ocurrido dicho vencimiento, su no pago genera automáticamente la obligación de cancelar los intereses aludidos.

Cuarta.- Se ordene liquidar y pagar, a expensas de LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS y LA NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, a favor del actor, los intereses reclamados, con base al capital neto cancelado, es decir, sin incluir el valor que por concepto de Indexación salarial se reconoció.

Quinta.- Se ordene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el inciso segundo del artículo 192 del CPACA., igualmente que en virtud de la voluntad contemplada en el poder conferido se haga entrega de los dineros al apoderado.

Sexta.- Se condene al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, pagar a favor de mi mandante, los intereses moratorios, conforme lo ordena el inciso 3ero. Del artículo 192 del CPACA.

Séptima.- Se condene en costas al DEPARTAMENTO DE CALDAS / SECRETARIA DE EDUCACIÓN y LA NACIÓN / MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL, en caso de que se oponga a las pretensiones de esta demanda.

[...]"

2. Hechos.

En síntesis, los fundamentos fácticos de las pretensiones, son los siguientes:

- El demandante laboró en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en calidad de personal administrativo.
- La entidad territorial expidió el Decreto No. 0021 de 1997 mediante el cual transfirió el personal administrativo adscrito al servicio público educativo del orden Nacional, a la planta de cargos y personal que laboraba en el Departamento de Caldas.
- Previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en atención a lo dispuesto por el Ministerio de Educación a través de la Directiva Ministerial N° 10 de 2005 y de la Resolución 2171 de 2006, el departamento presentó ante dicha entidad el estudio técnico para la homologación nacional, la que fue aprobada por esa cartera ministerial.

- Como consecuencia de lo anterior, el Departamento expidió el Decreto N° 0399 del 20 de abril de 2007, por medio del cual homologó y niveló salarialmente los cargos administrativos de la Secretaría de Educación.
- Con Decreto N° 337 de diciembre de 2010, el Departamento de Caldas modificó la homologación y nivelación salarial del Decreto N° 0399 de 2007.
- Mediante la Resolución No. 2232-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4692-6 del 4 de julio de 2013, modificada por la Resolución No. 9183-6 del 11 de diciembre de 2014, se canceló a favor del ahora accionante el retroactivo por concepto de homologación salarial y según certificación expedida por la Secretaría de Educación Departamental, el retroactivo reconocido se liquidó a partir del 10 de febrero de 1997 hasta el año 2001. El pago se efectuó el 15 de abril de 2013.
- Mediante derecho de petición radicado en la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas el día 7 de abril de 2017, se solicitó el reconocimiento y pago de intereses moratorios por el pago tardío del retroactivo por Homologación y Nivelación salarial del personal Administrativo adscrito a la Secretaría de Educación, así como la revisión y ajuste de la indexación.
- Mediante los actos acusados la entidad demandada negó lo deprecado.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Se invocan los artículos 1, 2, 13, 25, 53, 58, 72, 93, 123, 209 y 350 de la Constitución Política; artículos 1608, numerales 1 y 2, 1617 y 1649 del Código Civil y demás normas concordantes.

Indica que la Homologación y Nivelación Salarial de los empleados administrativos de las Secretarías de Educación generó una obligación de pago desde el mismo momento de su incorporación a la planta departamental, razón por la cual, la demora en el pago las acreencias derivadas de tal nivelación, genera intereses moratorios desde cuando nació el derecho. Aduce que, tanto el Gobierno Nacional como el Departamental debieron haber contemplado dentro del presupuesto, el pago de esta deuda laboral generada por la transferencia del personal administrativo a las entidades territoriales certificadas en virtud de la descentralización del servicio educativo, dispuesta por las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001.

Invoca la aplicación de los principios de favorabilidad y pro homine al momento de interpretar las normas al amparo de las cuales se debe resolver la controversia, dejando presente que en cualquier caso, resulta más favorable para la parte demandante el reconocimiento de intereses moratorios que la indexación tal y como fue reconocida.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Ministerio de Educación Nacional – FNPSM.

Se opuso a todas las pretensiones de la parte demandante. Planteó como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “prescripción”, “inepta demanda” y “Genérica”.

Aduce que tratándose del pago del retroactivo por concepto de homologación y nivelación salarial del personal administrativo, no resulta razonable la exigencia de intereses moratorios toda vez que no existe mora en el pago de las obligaciones laborales por parte del empleador sino una simple equiparación de cargos como consecuencia de una decisión administrativa del Estado fundamentada en el Concepto No. 1607 del 9 de diciembre de 2004 de Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, la cual tiene un procedimiento legal establecido para determinar el monto a reconocer y para establecer las fuentes de financiación y la asignación de recursos para el pago, por lo tanto no podría hablarse de un retardo injustificado imputable al deudor que conlleve la obligación de pago de los perjuicios a título de intereses moratorios.

4.2. Departamento de Caldas.

Se opuso a las pretensiones de la parte actora y se refirió a los trámites y gestiones interadministrativas que debieron adelantarse para lograr la homologación y nivelación salarial del personal administrativo transferido a dicha entidad territorial desde el año 1997, recalcando que el pago del retroactivo por tal concepto contempló la indexación de las sumas sin que fuera dado acudir al reconocimiento y pago de intereses moratorios a modo de sanción. Propuso las excepciones que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”, “inaplicabilidad de los intereses moratorios” y “prescripción”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Itera que lo que se pretende en este litigio es el reconocimiento de forma preferente de los intereses moratorios efectivos a partir de los treinta días (30) posteriores a la acusación del derecho (10 de febrero de 1997), hasta el día en que fue efectivo el pago tardío por homologación y nivelación salarial (15 de abril de 2013), esto, deduciendo el valor de la indexación ya cancelada.

5.2. Nación - Ministerio de Educación Nacional.

Reiteró su oposición a la prosperidad de las pretensiones deprecadas por la demandante al estimar que las mismas carecen de sustento legal que las respalde; teniendo en cuenta además que el Ministerio de Educación Nacional no es el titular de las obligaciones pretendidas por vía de restablecimiento del derecho.

El departamento de Caldas no alegó de conclusión.

El Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de los actos administrativos que negaron el reconocimiento y pago de intereses moratorios con ocasión de la cancelación tardía del retroactivo por homologación y nivelación salarial, y en su lugar, se acceda al pago de dichos intereses.

1. Problemas jurídicos.

Los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

- ¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de intereses moratorios y el ajuste de indexación sobre la liquidación del retroactivo salarial cancelado?
- En caso de ser procedente el pago de los valores solicitados por concepto de intereses moratorios sobre la suma liquidada por concepto de retroactivo ¿cuáles serían los extremos temporales para hacer dicho pago?

- ¿Cuál de las entidades demandadas o ambas es la llamada a responder sobre las pretensiones de la parte accionante?

2. Homologación y nivelación salarial del personal administrativo de la educación.

El proceso de homologación y nivelación salarial para los empleados del área administrativa de los establecimientos educativos oficiales tiene su origen en la descentralización del servicio educativo.

Inicialmente, a través de la Ley 43 de 1975 - *“Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y Comisarías; se redistribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”* - se llevó a cabo el proceso de nacionalización de la educación en los siguientes términos:

“Artículo 1º.- *La educación primaria y secundaria oficiales serán un servicio público a cargo de la Nación.*

En consecuencia, los gastos que ocasione y que hoy sufragan los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los municipios, serán de cuenta de la Nación, en los términos de la presente Ley”.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 60 de 1993, comenzó a revertirse la nacionalización y en cambio, se abrió paso la descentralización del servicio educativo para los departamentos y municipios; los artículos 2º y 3º de la mencionada ley establecieron:

“Artículo 2º.- *Competencias de los municipios. Corresponde a los municipios, a través de las dependencias de su organización central o de las entidades descentralizadas municipales competentes, en su carácter de entidades ejecutoras principales de las acciones en materia social, dirigir, prestar o participar en la prestación de los servicios directamente, conforme a la ley, a las normas técnicas de carácter nacional, a las ordenanzas y a los respectivos acuerdos municipales, así:*

1.- En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y a las disposiciones legales sobre la materia:

- Administrar los servicios educativos estatales de educación preescolar, básica primaria y secundaria y media.*
- Financiar las inversiones necesarias en infraestructura y dotación y asegurar su mantenimiento y participar con recursos propios y con las participaciones municipales en la financiación de los servicios educativos estatales y en la cofinanciación de programas y proyectos educativos.*
- Ejercer la inspección y vigilancia, supervisión y la evaluación de los servicios educativos estatales.*

Artículo 3º.- *Competencias de los departamentos. Corresponde a los departamentos, a través de las dependencias de su organización central o*

de las entidades descentralizadas departamentales competentes, conforme a la Constitución Política, la ley, a las normas técnicas nacionales y a las respectivas ordenanzas:

1.- Administrar los recursos cedidos por la Nación; planificar los aspectos relacionados con sus competencias para los sectores de educación y salud y ejercer funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales, conforme a la Constitución, a la Ley y a los reglamentos que sobre tales aspectos expidan los respectivos ministerios.

En desarrollo de estas funciones promoverá la armonización de las actividades de los municipios entre sí y con el departamento y contribuirá a la prestación de los servicios a cargo de los municipios cuando éstos presenten deficiencias conforme al sistema de calificación debidamente reglamentado por el respectivo Ministerio.

(...)

3.- Actuar como instancia de intermediación entre la Nación y los municipios, para los fines del ejercicio de las funciones que conforme a esta Ley, son de competencia de la Nación.

4.- Asesorar y prestar asistencia técnica, administrativa y financiera a los municipios y a las instituciones de prestación de los servicios para el ejercicio de las funciones asignadas por la presente Ley; realizar la evaluación, control y seguimiento de la acción municipal y promover ante las autoridades competentes las investigaciones disciplinarias a que haya lugar.

5.- Las anteriores competencias generales serán asumidas por los departamentos así:

A. En el sector educativo, conforme a la Constitución Política y las disposiciones legales sobre la materia:

- Dirigir y administrar directa y conjuntamente con sus municipios la prestación de los servicios educativos estatales en los niveles de preescolar, básica primaria y secundaria y media.
- Participar en la financiación y cofinanciación de los servicios educativos estatales y en las inversiones de infraestructura y dotación.
- Asumir las funciones de administración, programación y distribución de los recursos del situado fiscal para la prestación de los servicios educativos estatales.
- Promover y evaluar la oferta de capacitación y actualización de los docentes, de acuerdo con los desarrollos curriculares y pedagógicos y facilitar el acceso a la capacitación de los docentes públicos vinculados a los establecimientos educativos del área de su jurisdicción.
- Regular, en concurrencia con el municipio, la prestación de los servicios educativos estatales.
- Ejercer la inspección y vigilancia y la supervisión y evaluación de los servicios educativos estatales.
- Incorporar a las estructuras y a las plantas departamentales las oficinas de escalafón, los fondos educativos regionales, centros experimentales piloto y los centros auxiliares de servicios docentes.
- Asumir las competencias relacionadas con currículo y materiales educativos.

La prestación de los servicios educativos estatales y las obligaciones correspondientes, con cargo a los recursos del situado fiscal, se hará por los departamentos, caso en el cual los establecimientos educativos y la planta de personal tendrán carácter departamental, distribuida por municipios, de acuerdo con las necesidades de prestación del servicio; de todas maneras

la administración del personal docente y administrativo se hará conforme a lo previsto en el artículo 6o. de la presente Ley”.

Y el artículo 15 definió la forma como se asumían dichas competencias:

“Artículo 15°.- *Los departamentos y distritos que acrediten el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 14 en el transcurso de cuatro años, contados a partir de la vigencia de esta Ley, recibirán mediante acta suscrita para el efecto, los bienes, el personal, y los establecimientos que les permitirán cumplir con las funciones y las obligaciones recibidas. En dicha acta deberán definirse los términos y los actos administrativos requeridos para el cumplimiento de los compromisos y obligaciones a cargo de la Nación y las entidades territoriales respectivas”.*

Así mismo, respecto de la administración de las plantas de personal preceptuó:

“Administración del personal. Corresponde a la ley y a sus reglamentos, señalar los criterios, régimen y reglas para la organización de plantas de personal docente y administrativo de los servicios educativos estatales.

Ningún departamento, distrito o municipio podrá vincular docentes y administrativos sin el lleno de los requisitos del estatuto docente y la carrera administrativa, respectivamente, ni por fuera de las plantas de personal que cada entidad territorial adopte.

Todo nombramiento o vinculación que no llene los requisitos a que se refiere este artículo, serán ilegales y constituyen causal de mala conducta, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal para quien lo ejecute”.

A su turno, la Ley 715 de 2001 estableció normas en materia de recursos y competencias, entre otros temas, en el servicio público de educación, disponiendo en sus cánones 37 y 38:

“Organización de plantas. *Las plantas de cargos docentes y de los administrativos de las instituciones educativas serán organizadas conjuntamente por la Nación, departamentos, distritos y municipios, en un período máximo de dos años, teniendo en cuenta los criterios establecidos en la presente ley.*

Incorporación de docentes, directivos docentes y administrativos a los cargos de las plantas. *La provisión de cargos en las plantas financiadas con recursos del Sistema General de Participaciones, se realizará por parte de la respectiva entidad territorial, dando prioridad al personal actualmente vinculado y que cumpla los requisitos para el ejercicio del cargo.*

Los docentes, directivos docentes y administrativos de los planteles educativos vinculados a la carrera docente a la expedición de la presente ley, no requieren nueva vinculación o nuevo concurso para continuar en el ejercicio del cargo, sin perjuicio del derecho de la administración al traslado del mismo.

A los docentes, directivos docentes y funcionarios administrativos de los planteles educativos que se financien con recursos del Sistema General de Participaciones, sólo se les podrá reconocer el régimen salarial y prestacional establecido por ley o de acuerdo con esta (...)."

A su vez, el Ministerio de Educación Nacional, atendiendo el Concepto N° 1607 emitido el 9 de diciembre de 2004¹ proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, profirió la Directiva Ministerial N° 10 del 30 de junio de 2005 en la que expresa:

"Una vez elaborado el estudio técnico y fundamentándose en éste, la entidad territorial certificada procederá a realizar, bajo la responsabilidad del secretario de educación y del jefe de personal o quien haga sus veces, la homologación y nivelación salarial de los cargos administrativos conforme a la normatividad vigente, mediante acto administrativo general.

Con base en este último, la homologación de cada funcionario administrativo se realizará, mediante acto administrativo individualizado el cual debe especificar el cargo al cual es homologado y la nivelación salarial respectiva -si a ella hay lugar según el estudio técnico- que rige a partir de la fecha de expedición de dicho acto administrativo, previo certificado de disponibilidad presupuestal. El certificado de disponibilidad presupuestal será emitido contra recursos del Sistema General de Participaciones -SGP. Si el costo de la planta de personal administrativo aprobada, incluido el aumento por concepto de la nivelación y homologación, no alcanza a ser cubierto con los recursos del SGP asignados por alumno atendido para el pago de la prestación del servicio, la entidad territorial podrá solicitar al MEN su cubrimiento por concepto de complemento de planta."

De lo anterior se concluye que en el marco del proceso de descentralización del servicio público de educación, las entidades territoriales certificadas asumieron la administración del personal educativo y el administrativo que antes pertenecía a la Nación, lo cual implicó a su vez un proceso de ajuste de los cargos a la planta de personal de los departamentos y municipios (homologación) y la correspondiente compensación de las diferencias salariales y prestacionales que resultaron con la incorporación a las nuevas plantas de personal (nivelación salarial), que en principio, se sufragaba con recursos del Sistema General de Participaciones.

3. Indexación e intereses moratorios.

Tradicionalmente se ha identificado la indexación como la actualización del dinero en el tiempo para mantener su valor y evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, es decir, una equivalencia financiera en la cual unidades monetarias del pasado (VP) se expresan en unidades monetarias del futuro (VF), que tienen el mismo poder adquisitivo, siendo la diferencia entre dichos valores temporales la corrección monetaria del dinero, con base en los índices determinados por el ordenamiento jurídico.

¹ Consejero ponente: Dr. Flavio Augusto Rodríguez Arce.

El Consejo de Estado en sentencia del treinta (30) de mayo de 2013 con ponencia de la Consejera María Elizabeth García González (radicado 2006-00986-01), precisó:

“(…) el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo. La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente”.

A su turno la Corte Constitucional en la Sentencia C-862 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) indicó respecto a la indexación:

“(…) La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo”.

Por su parte, los intereses moratorios tienen una función indemnizatoria por los perjuicios que causa la mora en el cumplimiento de las obligaciones, conforme al artículo 1617 del Código Civil que reza:

“INDEMNIZACIÓN POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas”.

Ahora bien, respecto de la procedencia del pago de intereses moratorios sobre sumas indexadas, el Consejo de Estado ha aclarado:²:

“En vista de lo anterior, se observa que la sentencia de primera instancia no sólo condena a Cajanal E.I.C.E. liquidada, a pagar al actor intereses por

² Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección "A". C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-25-000-01312(2506-2013).

mora como mecanismo indemnizatorio de los perjuicios sufridos por el demandante, sino además a la indexación prevista en el artículo 178 del C.C.A., condenas que resultan completamente incompatibles, en cuanto ambas cargas económicas tienen una misma finalidad que es mitigar los efectos adversos devenidos por la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones y de configurarse en conjunto tendrían como resultado un enriquecimiento sin justa causa a favor del acreedor.

La Corporación, en varias oportunidades ha venido sosteniendo que recibir ambas compensaciones constituye un doble pago, máxime cuando se ha declarado la recuperación del valor perdido por las sumas adeudadas, en este caso, el relativo a la actualización de los salarios devengados por el actor como funcionario de planta externa del Ministerio de Relaciones Exteriores a moneda colombiana como efecto de la inflación, al respecto se ha precisado:

“Por el contrario, no procede reconocer intereses moratorios pues si el ex-empleado inconforme con la decisión recurre a la acción judicial, además del reconocimiento de las sumas de dinero dejadas de cancelar por efecto del acto ilegal, se ordena su ajuste conforme al artículo 178 del C.C.A., con lo cual se previene la devaluación, buscando que el restablecimiento del derecho represente el valor real al momento de la condena que es el equivalente al perjuicio recibido.

En gracia de discusión, si se ordenara el reconocimiento de intereses por mora se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa” /Destaca el Tribunal/.

De otro lado, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha aludido a la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las sumas pagadas por concepto del proceso de homologación y nivelación salarial en el sector de la educación, puntualizando lo siguiente³:

“(…) Por otro lado, tampoco hay lugar a reconocer intereses moratorios en el presente caso, teniendo en cuenta la naturaleza eminentemente sancionatoria de los mismos, en cuanto buscan castigar al deudor incumplido. Bajo este entendido si no se dijo nada al respecto en las resoluciones que reconocieron el retroactivo, como tampoco hay norma que expresamente lo consagre, no se puede en consecuencia, entrar a reconocerse los intereses moratorios.

Recordemos que por su carácter sancionatorio, los intereses moratorios deben estar consagrados en una norma que los autorice expresamente, es decir, que faculte el cobro de los mismos para los casos de pagos retroactivos por homologación y nivelación, o estar claramente incluidos en el documento que reconoce el derecho, supuestos, que no se evidencian en el presente asunto”.

En este orden de ideas, en caso de llegar a hallarse probado que a la parte demandante le fueron indexadas las sumas reconocidas a título de nivelación salarial, resultaría totalmente improcedente ordenar el reconocimiento de intereses moratorios sobre valores ya indexados, dada la incompatibilidad que existe entre estos dos conceptos.

³ Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez, sentencia del 7 de Diciembre de 2017, radicado 2014-00311-01 (0905-15).

4. Caso Concreto.

En el expediente se encuentra acreditado lo siguiente:

- Mediante la Resolución No. 2232-6 del 22 de marzo de 2013, aclarada por la Resolución No. 4692-6 del 4 de julio de 2013, modificada por la Resolución No. 9183-6 del 11 de diciembre de 2014, al aquí demandante le fue reconocido el pago por homologación y nivelación salarial del período comprendido a partir del 10 de febrero de 1997 al 31 de diciembre de 2009, incluyendo la indexación. (fls. 55 a 66 del cuaderno 1)
- Dicho pago se le realizó el 15 de abril de 2013 según se advierte de la certificación expedida por la Secretaría de Educación de Caldas (fl. 67 cdno. 1).
- Mediante petición dirigida al Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de los intereses moratorios por la falta de pago oportuno de la nivelación y homologación salarial causados desde el año de 1997 al año 2001, y en adelante hasta el día en que fue efectivo el pago total del retroactivo por homologación y nivelación salarial, esto es, el 15 de abril de 2013. (fls. 38 a 46 del cuaderno 1)

Por ende, teniendo en cuenta que a la parte actora le fue reconocida la indexación sobre las sumas pagadas por concepto de homologación y nivelación salarial, atendiendo el marco normativo y jurisprudencial citado, la pretensión de obtener intereses de mora por el pago tardío del retroactivo no halla eco de prosperidad, dada la incompatibilidad entre ambos conceptos.

En este punto, cabe destacar que en casos similares este Tribunal, mediante postura mayoritaria y acudiendo al canon 53 Constitucional, ha venido reconociendo la actualización de sumas de dinero pagadas de manera tardía en sede administrativa, ya que en esos asuntos ocurrió que entre la fecha de ejecutoria de la resolución de reconocimiento de homologación y su pago, había transcurrido un lapso entre de uno o varios meses, lo que a juicio de la Sala mayoritaria, hacía variar el IPC y por ende se hacía procedente realizar la actualización monetaria; además por cuanto no hubo resolución posterior que modificara el valor de la indexación para hacer un reconocimiento mayor por ajuste a este concepto.

Sin embargo, el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de septiembre de 2019, revocó uno de los fallos que había adoptado el Tribunal en ese sentido, esgrimiendo las

siguientes razones (C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Exp. 17001-23-33-000-2016-00993-01):

“(...) Se observa que el juez de primera instancia condenó a la Nación-Ministerio de Educación Nacional al reconocimiento y pago de “los ajustes de indexación únicamente sobre el valor pagado a título de retroactivo menos el valor correspondiente a la indexación ya reconocida a partir del día siguiente a la ejecutoria de la Resolución 570 de 11 de abril de 2014, data en cobró firmeza el reconocimiento del retroactivo hasta el día anterior a la fecha efectiva del pago (...)” frente a lo cual, se establece, teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la indexación se tiene como la figura por la cual se actualiza la moneda que ha perdido su valor por el paso del tiempo, que entre la fecha en que adquirió ejecutoria la Resolución 570 de 11 de abril de 2014 y el día anterior al pago de la obligación, el cual tuvo lugar en el mes de mayo de 2014, esto es, aproximadamente un mes después, no transcurrió la suficiente temporalidad que en consecuencia generara la depreciación del valor reconocido por concepto del retroactivo, por lo que, no había lugar a su reconocimiento y en tal virtud se revocará la providencia enjuiciada en ese sentido” /Resalta el Tribunal/.

En la referida sentencia, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ratificó además algunas reglas jurídicas que reforzaron la decisión adversa a la pretensión de pago de intereses de mora por el pago tardío del retroactivo de la homologación y nivelación salarial, las cuales sintetiza el Tribunal en los siguientes puntos:

- (i) El lapso transcurrido entre la fecha de reconocimiento y el pago del retroactivo por homologación y nivelación salarial en la mayoría de casos resulta razonable, a la luz de las diferentes gestiones de orden administrativo que deben adelantar las entidades públicas para efectuar este tipo de reconocimientos, como ocurre en el caso que sirve de parámetro, en el que apenas transcurrió un mes, tiempo en el cual no se presenta una depreciación significativa del valor de la suma reconocida.
- (ii) Si el beneficiario del pago por homologación y nivelación salarial no presentó oposición o recursos contra el acto administrativo que contiene la suma reconocida, el asunto no puede subsanarse generando una nueva discusión a través de una petición posterior de reconocimiento de intereses.
- (iii) No existe una norma que consagre la obligación de pago inmediato de la suma reconocida por concepto de homologación y nivelación salarial, pues como se anotó, dicho trámite está compuesto por una sucesión de etapas administrativas que incluyen la respectiva apropiación presupuestal, por lo que no resultan aplicables las normas civiles sobre intereses de mora a este tipo de casos.
- (iv) Aun cuando exista retardo, no procede el pago de intereses de mora, pues como lo ha señalado esa corporación en repetidas oportunidades, al constatarse que la suma

reconocida fue indexada, reconocer intereses de mora constituiría un doble pago por el mismo concepto, atendiendo la incompatibilidad entre ambas figuras, aspecto que se abordó líneas atrás.

(v) Finalmente, atendiendo al carácter eminentemente sancionatorio de los intereses de mora, su reconocimiento se halla supeditado a la existencia de una norma que expresamente los consagre en el supuesto de pago tardío de la homologación y nivelación salarial, lo cual no ocurre en este caso.

Como ya se mencionó, el Tribunal, acudiendo a los artículos 53 de la Constitución y 50 del Código Procesal del Trabajo, ha venido defendiendo la tesis de la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, para acceder de manera oficiosa, a un rubro no pedido en la instancia administrativa (indexación de unas sumas ya pagadas por homologación y nivelación salarial en el ramo docente); así como también dándole el carácter de crédito laboral a la técnica de indexación.

Sin embargo, sobre este punto, el Consejo de Estado dictó recientemente dos (2) sentencias, en las que revocó igual número de fallos de esta corporación que concedían la aludida indexación al amparo del criterio de equidad.

La primera de ellas data del 23 de octubre de 2020, con ponencia del Magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del expediente N° 170012333000-2018-00143-01 (4932-2019), en la cual sostuvo el alto tribunal:

“(…) En lo atañadero a la presunta facultad que se atribuye el a quo, para decidir extra petita, la Corte Constitucional, en fallo T-873 de 16 de agosto de 2001⁴, indicó que «[a]l contrario de los procesos laborales a los cuales asimila el demandante su asunto, el ejercicio de la función judicial en materia contencioso administrativa⁵, la competencia del juez al momento de fallar no le permite decidir ultra petita o extra petita, porque la resolución judicial que se extienda más allá de lo pedido o que se tome fuera del petitum de la demanda, a más de resultar violatoria del derecho de defensa de la contraparte sería contraria a la estructura misma del proceso que en esta materia se guía por el principio de que la materia del litigio se define por las partes y, estas al hacerlo, delimitan la competencia del juzgador».

En similar sentido, se pronunció esta Corporación el 20 de mayo de 2010⁶, al sostener que «[l]a sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo, a su turno, debe ser motivada y resolver todos los puntos objeto de controversia formulados por las partes

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-873 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería.

⁵ *Acerca del proceso contencioso administrativo* Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho procesal administrativo, Cuarta ed. 4a. reimpresión. Señal Editora. Medellín: 1998, pags. 196 y ss.*

⁶ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 25000-23-25-000-2002-12297-01 (3712-2004), C. P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

demandante y demandada dentro de la oportunidad procesal respectiva. En este sentido, a la luz de lo establecido en el artículo 170 del C.C.A.⁷ [hoy 187^o del CPACA], debe concluirse que la sentencia proferida por el juez de lo contencioso administrativo no puede ser infra, extra o ultra petita, sino, en virtud de la naturaleza predominantemente rogada de la jurisdicción, sujetarse a todos y cada uno de los aspectos sometidos a su decisión».

Derrotero reiterado por esta sala el 17 de octubre de 2017⁹, al precisar que «[...] el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento, por ello, el principio de congruencia de la sentencia garantiza el oportuno uso del derecho de defensa por las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para tal propósito».

En ese orden de ideas, conforme a lo anterior, resultaría contrario a la naturaleza de esta jurisdicción admitir la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que invocó el Tribunal de instancia, como sí opera en la jurisdicción ordinaria laboral¹⁰, dado que ello vulneraría el principio de justicia rogada, el cual impone la carga a la persona que acude al aparato jurisdiccional de solicitar en la demanda, de manera específica, lo que se quiere; así como el de congruencia, que consiste en la obligación que tiene la autoridad judicial de decidir de acuerdo con lo pedido y probado; por lo tanto, deberá revocarse la orden impuesta en el fallo apelado, al constatar que lo pretendido por la actora era el pago de los intereses moratorios, en los términos analizados en precedencia, y no la indexación dispuesta por el a quo” /Destaca la Sala/.

La hermenéutica esbozada fue objeto de reiteración en sentencia de 3 de diciembre de 2020, con ponencia del Magistrado Rafael Francisco Suárez Vargas (Exp. 170012333000-2016-00270-01 1245-19), en la que añadió:

“Lo anterior quiere decir que, en momento alguno, el señor Hernández Osorio requirió reemplazar el pago de los intereses moratorios, por la indexación de las sumas reconocidas, en caso de que su pretensión principal no tuviera acogida, ni mucho menos

⁷ «La sentencia tiene que ser motivada. Debe analizar los hechos en que se funda la controversia, las pruebas, las normas jurídicas pertinentes, los argumentos de las partes y las excepciones con el objeto de resolver todas las peticiones [...]».

⁸ «La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen».

⁹ Consejo de Estado, sección segunda, expediente: 66001-23-33-000-2012-00161-01 (3605-14).

¹⁰ Las facultades ultra y extra petita de las que se reviste a un juez ordinario laboral están consagradas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al prever que «[e]l Juez ~~de primera instancia~~ podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas».

pidió que se indexara la suma indicada por el tribunal, en el período por él ordenado;¹¹ por lo tanto, se debe concluir que la decisión de indexación adoptada por el juzgador de primera instancia excede el marco de la pretensión del demandante, pues, se repite, su pretensión solo se orientaba al pago de los intereses respectivos, en la forma transcrita.

(...) La situación que se analizó en la providencia en cita, coincide plenamente con la sentencia bajo análisis, toda vez que la indexación ordenada por el juzgador de primera instancia se sustentó en la Resolución 2179-6 del 22 de marzo de 2013, la cual determinó que la actualización de los valores reconocidos, comprendía el período transcurrido entre el 10 de febrero de 1997 y el 31 de diciembre de 2009; sin embargo, como el pago se materializó el 15 de julio de 2013¹², atendiendo los principios de equidad y justicia, debían traerse al valor presente del momento del pago, los valores reconocidos.

No obstante lo anterior, como un pronunciamiento de tal naturaleza no se formuló por la parte demandante, mal podría el a quo reconocerlo, en consideración al carácter rogado de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón que conlleva revocar la condena que, en tal sentido, impuso el tribunal, en el numeral tercero de la sentencia apelada (...)”/Resaltado del Tribunal/.

En conclusión, acogiendo las pautas jurisprudenciales sobre la materia, resulta clara la imposibilidad de exceder el objeto del litigio con el fin de conceder una indexación no planteada ante la administración ni solicitada en el escrito introductor, más aún, atribuyéndole a dicha indexación el carácter de derecho laboral a la luz del canon 53 Superior, condición que no le es propia pues consiste simplemente en una técnica de actualización de valores monetarios para corregir la inflación.

Sumado a lo anterior, ha quedado acreditado que la suma reconocida a la parte actora fue debidamente actualizada y que dicha actualización es incompatible con los intereses que se imploran, lo que fuerza a denegar las pretensiones de la parte demandante.

5. Costas

No se condena en costas, pues la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal (art. 47 L.2080/21)

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, Sala 2ª. de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹¹ *Sí hubo un requerimiento relativo a actualización, pero este se concretó en un ajuste a aquella, lo que no es coincidente con los parámetros y/o motivaciones de la decidida por el a quo, pues en ella, se pretendió sanear la descompensación que se pudo producir entre la última fecha tomada para la indexación en el acto de reconocimiento, y en la que efectivamente se produjo el pago.*

¹² Folio 41.

III. Falla

Primero: Se declaran fundadas las excepciones de *“inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* e *“inaplicabilidad de los intereses moratorios”*, propuestas por el departamento de Caldas.

Segundo: Se niegan las pretensiones de la parte demandante.

Tercero: Sin condena en costas.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvase** los remanentes si los hubiere. **Archívense** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha.

NOTIFÍQUESE

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado.	17-001-33-33-003-2018-00552-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Norma Clemencia Carmona Giraldo
Demandado:	Departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 96

Asunto

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de febrero de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 3746-6 del 25 de abril de 2018, por el departamento de Caldas, que decidió negar a la parte demandante el reconocimiento y pago del costo acumulado, notificada el 27 de abril del 2018.
- Que se declare la nulidad de la Resolución No.6691-6 del 30 de julio de 2018, expedida por el Departamento de Caldas, que decidió negar a la parte demandante el reconocimiento y pago del costo acumulado que ha sido generado desde el 1º de enero del 2016 en la categoría 3A del Escalafón Docente, por medio de los Decretos Nacionales 120 del 26 de enero del 2016 y 980 del 9 de junio del 2017, momento en que se le actualizó a la parte actora el Escalafón Nacional Docente en esta categoría.
- Se declare que la parte demandante tiene derecho a que el Departamento de Caldas le reconozca su ascenso y/o reubicación salarial al grado y/o nivel 3A, desde el 1º de

enero del 2016, por haber aprobado la evaluación con carácter diagnóstico formativa en la modalidad de Curso de Formación, como reconocimiento del costo acumulado adeudado, tal y como quedó establecido en el acuerdo de peticiones firmado entre el Ministerio de Educación Nacional y FECODE el día 7 de mayo del 2015 y 17 de agosto del 2016.

- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada:
- Reconocer y pagar a la parte demandante su ascenso o reubicación salarial en el Grado y/o Nivel 3A en el Escalafón Docente del Estatuto de Profesionalización Docente contemplado en el Decreto 1278 del 2002, a partir del 1° de enero del 2016.
- Que se dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.
- Sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.
- Ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.
- Condenar en costas conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011.

2. Hechos

Los supuestos fácticos en los cuales se fundamentan las pretensiones se sintetizan así:

La parte demandante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al departamento de Caldas desde el momento de la certificación educativa establecida en la ley 60 de 1993 y la ley 715 de 2001.

Al momento de su vinculación, fue escalafonada conforme a las premisas establecidas en el Decreto –Ley 1278 de 2002.

Fecode y el Gobierno Nacional, en el acta de acuerdos suscrita el 7 de mayo de 2015, concertaron la realización de una Evaluación con Carácter Diagnóstica Formativa (ECDF) a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón, a pesar de haberse presentado con anterioridad - en multiplicidad de ocasiones – a las respectivas evaluaciones.

La parte actora participó activamente en las referidas evaluaciones conforme al procedimiento establecido, superando en su integralidad la ECDF en el curso de formación.

La parte demandante fue ascendida al grado 3A del escalafón docente a partir del 9 de agosto de 2017 y no a partir del 1° de enero de 2016.

Dado lo anterior, el docente presentó ante la respectiva entidad los recursos de ley para que la decisión fuera modificada y así se le reconocieran los efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

El día 3 de abril del año 2018 solicitó la cancelación del costo acumulado desde el 1° de enero del 2016 hasta el 9 de agosto del 2017 y mediante el acto administrativo demandado, se decidió desfavorablemente esa petición.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Citó la Constitución Política en sus Artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122; el Decreto 1751 de 2016; Acta de Acuerdos MEN-FECODE de 7 de mayo de 2015; Acta de acuerdos Comité Implementación de la E.C.D.F. – MEN y FECODE del 17 de agosto de 2016; Decreto 1095 de 2005.

Señala que Fecode, a principios del año 2015, presentó dentro de los términos del Decreto 160 de 2014, un pliego de peticiones solicitándole al Gobierno Nacional el ascenso en el escalafón nacional y la reubicación salarial de todos los docentes que pertenecían al Decreto Ley 1278 de 2002, en virtud de lo cual, se expidió el Decreto 1075 de 2015 - adicionado por el Decreto 1757 de septiembre 10 de 2015 -, que de manera literal y específica determinó las etapas del *"proceso de evaluación con carácter diagnóstico formativo"*.

Se determinó que la evaluación con carácter diagnóstica formativa consistía en un solo procedimiento para ascender o reubicar al docente a través de dos actuaciones administrativas principales, esto es, la *"Realización del proceso de evaluación"* y la *"Inscripción y desarrollo de los cursos de formación"*, las cuales hacen parte del mismo procedimiento.

Aduce que el Decreto 1751 de 2016 estableció que *"La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección"*. Por tanto, advierte que los efectos fiscales del ascenso o reclasificación en el escalafón docente deben darse desde el 1° de enero de 2016, en tanto se demostró que el docente cumple los requerimientos legales para ello; por lo que, los actos administrativos demandados vulneraron el ordenamiento jurídico en tanto parten de una interpretación

subjetiva de la normativa.

4. Contestación de la demanda

El apoderado del departamento de Caldas contestó la demanda dentro del término legal, manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda y, sobre los hechos, sostuvo que unos son ciertos, que otros no son hechos y que los demás no le constan.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

–“Falta de legitimación en la causa por pasiva” al considerar que la demanda no debió dirigirse contra de esa entidad territorial sino contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional en virtud de las competencias asignadas en materia de reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones de los docentes y directivos docentes.

–“Inexistencia de la Obligación con Fundamento en la Ley” en el entendido que quien debe intervenir en el asunto de la referencia es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5. La sentencia apelada

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Hizo un análisis del marco legal que orienta el ascenso en el escalafón docente así como del proceso de evaluación con carácter diagnóstico formativo, advirtiendo que los efectos fiscales aplicables a partir del 1° de enero de 2016 - de conformidad con la normativa pertinente - está dado para quienes superaron sin problemas la evaluación diagnóstica y no para quienes no lograron aprobar el referido examen, pues frente a estos se dispuso una nueva oportunidad a través de los cursos de formación. Así las cosas, concluye que en esta materia se dieron dos escenarios diferentes: un primer grupo conformado por los docentes cuya evaluación diagnóstica fue superada y un segundo grupo, formado por aquellos que no superaron la prueba y cuyo ascenso quedó condicionado a la realización del curso de formación. Y Frente a este último grupo, los efectos fiscales del ascenso no se dan desde el 1 de enero de 2016 sino desde la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora.

En tal sentido, al observar que la parte demandante se encuentra dentro del segundo grupo señalado, concluyó que no es dable para su caso aplicar los efectos fiscales que se establecieron para quienes sí aprobaron el examen diagnóstico.

6. El recurso de apelación

La parte demandante solicitó que se revoque la sentencia dado que no existe motivo para que no se apliquen los efectos fiscales que establece la norma; insistió en que el examen

diagnóstico es un solo procedimiento que se aprueba, bien sea por superar el examen o por superar el curso de formación, por lo cual para ambos escenarios resultan igualmente aplicables los efectos del Decreto 1751 de 2016 cuando señaló que *“La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.”*

De otra parte, solicita se revoque lo referente a la condena en costas dado que, la misma fue impuesta sin ningún tipo de alusión a los motivos de ésta, desconociendo así el criterio de fijación objetivo valorativo que ha sido señalado por el Consejo de Estado sobre este tópico.

7 Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1. Parte demandante. Itera los argumentos expuestos en primera instancia para sacar adelante sus pretensiones y así mismo solicita la aplicación de la excepción de ilegalidad en este caso concreto, como facultad del juez administrativo a solicitud de parte u oficiosamente, como lo ha descrito el honorable Consejo de Estado, Sección Primera, en Concepto bajo el radicado 11001-03-24-000-2010-00001-00.

7.2. Parte demandada. Itera lo expuesto en primera instancia. Frente al costo acumulado precisa que, éste es entendido como *“la cantidad total que una inversión realizada tiene en la actualidad. En el valor acumulado se tiene en cuenta tanto el capital invertido como el interés o beneficio que ha generado hasta el momento. De hecho, el valor acumulado se puede expresar tanto en cifras como en porcentajes”*; sin embargo, no entiende qué relación tiene con los efectos fiscales del ascenso. Aduce que tampoco se desarrolla este tema en la demanda.

II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo los argumentos expuestos por la parte demandante en el escrito por medio del cual interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, los problemas jurídicos a resolver en ésta se contraen a los siguientes:

1. Problemas jurídicos

- 1.1. ¿Los efectos fiscales del ascenso en el escalafón docente, obtenidos por la parte demandante, deben ser aplicados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 1751 de 2016, esto es, a partir del 1° de enero de 2016?

- 1.2. ¿Era procedente la imposición de condena en costas a cargo de la parte actora, y de ser así, la misma fue fijada de conformidad a los criterios de tasación aplicables?

Para resolver los interrogantes planteados resulta necesario, en primer lugar, hacer referencia al marco normativo sobre el método de evaluación para ascenso de grado o reubicación de nivel salarial docente desarrollado por el Decreto 1075 de 2015, para luego descender al análisis del caso concreto.

1. Escalafón docente y procedimiento especial de evaluación para ascenso de grado o reubicación de nivel salarial a través de cursos de formación.

El Decreto 1278 de 2002, el cual tiene por objeto regular las relaciones entre el Estado y los educadores a su servicio, estableció el “*Estatuto de Profesionalización Docente*” con el fin de garantizar que la docencia sea ejercida por personal idóneo, definiendo las reglas para ascenso en el escalafón nacional docente con base en la capacitación y superación profesional de los docentes inscritos en carrera administrativa. Al respecto dispuso:

“Artículo 19. Escalafón Docente. Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en su labor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.

La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.

Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente. El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente o ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

Artículo 21. Requisitos para inscripción y ascenso en el Escalafón Docente. Establecen los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:

Grado Uno:

- a) Ser normalista superior;
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.

Grado Dos:

- a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación;
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.

Grado Tres:

- a) Ser Licenciado en Educación o profesional;
- b) Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes;
- c) Haber sido nombrado mediante concurso;
- d) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.

Parágrafo. Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

Artículo 23. Inscripción y Ascenso en el Escalafón Docente. *En cada entidad territorial certificada existirá una repartición organizacional encargada de llevar el registro de inscripción y ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes estatales, con las correspondientes evaluaciones y los documentos de soporte para cada grado y nivel salarial, comunicando a la dependencia que se encargue de las novedades de nómina cada vez que se presente una modificación de los mismos.*

...

Los ascensos en el Escalafón y la reubicación en un nivel salarial superior procederán cuando la entidad territorial certificada convoque a evaluación de competencias y se obtenga el puntaje establecido en el artículo 36 de este decreto. Dicha convocatoria establecerá el monto de la disponibilidad presupuestal para efectos de ascenso y reubicación salarial. No podrán realizarse ascensos y reubicación que superen dicha disponibilidad.”

Ahora bien, de forma extraordinaria y atendiendo a una negociación sindical con representantes docentes, el Gobierno Nacional estableció una posibilidad de ascenso en el escalafón para aquellos docentes que no habían logrado ascender en el mismo a pesar de haber presentado en años anteriores los exámenes para el efecto, tal oportunidad se dio a través del Decreto 1075 de 2015 -modificado por el Decreto 1757 de 2015- que señaló:

“Artículo 2.4.1.4.5.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto-ley 1278 de 2002 que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa.*

Artículo 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación. *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto-ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

Artículo 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación. *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.*

...

Artículo 2.4.1.4.5.8. Etapas del proceso. *El proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de que trata el presente decreto, comprende las siguientes*

etapas:

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.
2. Inscripción.
3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.
4. Realización del proceso de evaluación.
5. Divulgación de los resultados.
6. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.
7. Inscripción y desarrollo de los cursos de formación.
8. Reporte de los resultados de los cursos de formación.
9. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación. “

...

Artículo 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento. *La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días, a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.*

...

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente Sección.

Artículo 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación. Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de este.

...

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección... (Se destaca)

Como se desprende de la normativa en cita, el Decreto 1075 de 2015 -modificado por el Decreto 1751 de 2016- estableció dos diferentes escenarios para obtener el ascenso en el escalafón docente, los cuales cuentan con una diferencia sustancial en cuanto a la fecha en que surtiría efectos fiscales el correspondiente ascenso.

Así, el Artículo 2.4.1.4.5.11. del referido decreto dispuso un ascenso por aprobación del examen diagnóstico formativo, ascenso que contaría con efectos fiscales a partir de la publicación de la lista de candidatos.

A su vez, el Artículo 2.4.1.4.5.12. *ibídem*, estableció una segunda oportunidad de ascenso a través de la realización y aprobación de un curso de formación docente, evento para el

cual el ascenso respectivo tendría efectos fiscales a partir de la radicación de la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la autoridad nominadora.

Ahora bien, posteriormente el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1751 de 2016 aduciendo una serie de situaciones excepcionales advertidas, modificó el referido Artículo 2.4.1.4.5.11. señalando:

“Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.4.1.4.5.2 y 2.4.1.4.5.9 del Decreto 1075 de 2015, el día 24 de septiembre de 2015 las entidades territoriales certificadas en educación convocaron a los educadores oficiales que cumplieran con los requisitos para ello, con el fin de que participaran en la evaluación de carácter diagnóstico formativa indicada en esta parte considerativa.

Que a pesar de los esfuerzos realizados para desarrollar la evaluación de carácter diagnósticaformativa dentro de la vigencia 2015, fue necesario que el Ministerio de Educación Nacional modificara el cronograma de la misma establecido en el artículo 14 de la Resolución 15711 de 2015, mediante las resoluciones 16604, 18024, 19499 de 2015, y 9486, 10986, 12476, 14909 Y 16740 de 2016, considerando entre otros hechos: i) los problemas de conectividad en varias zonas del territorio nacional, lo que condujo a que algunos educadores no pudieran cargar los instrumentos de la evaluación, como el video establecido en el artículo 7, literal a) de la Resolución 15711 de 2015; ii) educadores que tuvieron que separarse temporalmente de su cargo por incapacidad médica o licencia de maternidad, así como educadores que cambiaron de establecimiento educativo o de cargo, lo que impidió que pudieran aplicárseles en debida forma los instrumentos de la evaluación; iii) la finalización del primer semestre del calendario académico de las entidades territoriales certificadas en educación, lo que trajo consigo que los educadores no pudieran completar las encuestas que hacían parte de la evaluación; y iv) los bloqueos de las vías principales durante el paro agrario y el paro de transportadores ocurridos en el primer semestre del año 2016, que le dificultaron al ICFES practicar, dentro del cronograma previsto inicialmente, la evaluación a los educadores participantes.

Que por lo anterior, resulta necesario establecer que para los educadores que superen la evaluación indicada en esta parte considerativa, su ascenso de grado o reubicación en el nivel salarial siguiente dentro del Escalafón Docente, se tenga efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

...

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1°. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015.

El

artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:

«ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento. La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

...

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla

los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.”

Como puede verse, la disposición normativa en cita modificó el artículo 2.4.1.4.5.11, en lo concerniente a los efectos fiscales que tendrían los ascensos de aquellos docentes que aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, esto en atención a una serie de inconvenientes presentados en el marco de la realización de dichos exámenes, empero, por modo alguno modificó lo relacionado con los efectos fiscales de los docentes que obtuvieran su ascenso en forma supletoria a través de la realización y aprobación de los cursos de formación, situación última regulada por el artículo 2.4.1.4.5.12. del mismo decreto y que no fue objeto de ningún tipo de modificación.

3. Caso concreto

Del contenido de las Resoluciones No. 7263-6 del 20 de septiembre de 2017, No. 3746-6 del 25 de abril de 2018 y No. 6691-6 del 30 de julio de 2018, expedidas por el departamento de Caldas, se advierten las siguientes situaciones que no fueron objeto de oposición o prueba en contrario por la parte actora:

- La demandante no aprobó la evaluación diagnóstica formativa.
- Por lo anterior, la docente realizó un curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12. del Decreto 1075 de 2015.
- La docente radicó el 9 de agosto de 2017 ante la Secretaría de Educación de Caldas solicitud de ascenso en el escalafón docente acompañada de la certificación de aprobación de un curso de formación en pedagogía, con puntaje aprobatorio de 86 puntos.

De lo anterior se concluye que, el ascenso en el escalafón docente obtenido por la aquí demandante se dio en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12. del Decreto 1075 de 2015, esto es, mediante la aprobación de curso de formación, por lo cual los efectos fiscales del mismo no son otros que los señalados por dicho canon normativo, es decir, *“a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora”*, lo cual, para el caso de marras, se dio el 9 de agosto de 2017; efectos fiscales que fueron precisamente los dados por los actos demandados.

Así las cosas, no es de recibo para esta Colegiatura la pretensión de la parte actora tendiente a que se le otorgue a su ascenso en el escalafón docente, los efectos fiscales que estableció el Decreto 1751 de 2016, pues como se advirtió líneas atrás, dicha excepcionalidad sólo es aplicable a aquellos docentes que obtuvieran dicho ascenso mediante la aprobación del examen diagnóstico establecido por el artículo 2.4.1.4.5.11. del Decreto 1075 de 2015, lo cual no es el caso de la accionante.

No puede pretenderse por aquella equiparar su situación a la de los docentes que aprobaron dicha evaluación, pues como pudo verse en el acápite anterior, se trata de situaciones fácticamente diferentes y reguladas jurídicamente en formas distintas.

Así las cosas, se halla respuesta negativa al primer problema jurídico planteado.

4. Costas en primera instancia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*¹ están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados; así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del Código General del Proceso - CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales, por todos los gastos surgidos para dar el curso normal al proceso.

Por su parte, *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA dispone: "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 atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el CGP en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o

¹ Sentencia C-089/02

mala fe.

2. *La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.*
4. *Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.*
5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
6. *Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
7. *Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
8. *Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
9. *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”*

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado, mediante providencia de 7 de abril de 2016⁴, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a criterios como la temeridad o mala fe para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales, el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento para la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP, se compruebe para su imposición que “*en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*”. En efecto, la aludida corporación ha señalado⁵:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la

imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo”—CCA— a uno “objetivo valorativo”—CPACA—.*
- b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

En el sub iudice, dada la fecha en que fue proferida la sentencia de primera instancia, la imposición de la condena en costas tenía lugar en contra de la parte vencida en juicio y en la medida de su comprobación.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No. 05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

Sin embargo, observa la Sala que el a quo se limitó a tasarlas sin exponer las razones por las cuales estimaba que las misma se hallaban causadas, incumpliendo con ello la carga argumentativa que se le exigía para esos efectos. En consecuencia, se revocará el ordinal segundo de la sentencia apelada en lo que respecta a la condena en costas.

5. Costas en segunda instancia.

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia comoquiera que no está establecido que la demanda se hubiese presentado con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

III. Falla

Primero: Se revoca el ordinal segundo de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **Norma Clemencia Carmona Giraldo** contra el **departamento de Caldas** en el cual se condenó en costas a la demandante.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

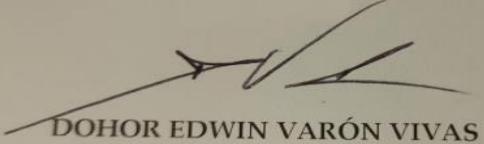
Tercero: Sin costas en esta instancia.

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

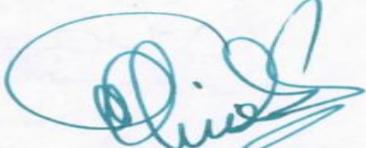
Notifíquese y Cúmplase

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

Magistrada Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala 2ª. Oral de Decisión

Magistrada Ponente: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicado.	17-001-33-33-003-2019-00020-02
Clase:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante:	Flor María Cardona López
Demandado:	Departamento de Caldas
Providencia:	Sentencia No. 97

Asunto

Decide la Sala el recurso de **apelación** interpuesto por la parte **demandante** contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 13 de febrero de 2020, mediante la cual se **negaron** las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

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

- Que se declare la nulidad de la Resolución No. 7032-6 del 14 de agosto de 2018, expedida por el Departamento de Caldas, que decidió negar a la parte demandante el reconocimiento y pago del costo acumulado que ha sido generado desde el 1º de enero del 2016 en la categoría 2A del Escalafón Docente, por medio de los Decretos Nacionales 120 del 26 de enero del 2016 y 980 del 9 de junio del 2017, momento en que se le actualizó a la parte actora el Escalafón Nacional Docente en esta categoría.
- Se declare que la parte demandante tiene derecho a que el Departamento de Caldas le reconozca su ascenso y/o reubicación salarial al grado y/o nivel 2A, desde el 1º de enero del 2016, por haber aprobado la evaluación con carácter diagnóstico formativa en la modalidad de Curso de Formación, como reconocimiento del costo acumulado adeudado, tal y como quedó establecido en el acuerdo de peticiones firmado entre el Ministerio de Educación Nacional y FECODE el día 7 de mayo del 2015 y 17 de agosto

del 2016.

- A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la parte demandada:
- Reconocer y pagar a la parte demandante su ascenso o reubicación salarial en el Grado y/o Nivel 2A en el Escalafón Docente del Estatuto de Profesionalización Docente contemplado en el Decreto 1278 del 2002, a partir del 1° de enero del 2016.
- Que se dé cumplimiento al fallo conforme a lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 192 y numerales 1, 2 y 3 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.
- Sobre las sumas adeudadas, se incorporen los ajustes de valor, conforme al índice de precios al consumidor, según lo estipulado en el último párrafo del artículo 187 de la Ley 1437 del 2011.
- Ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 192 y numeral 4 del artículo 195 de la Ley 1437 del 2011.
- Condenar en costas conforme a lo estipulado en el artículo 188 de la Ley 1437 del 2011.

2. Hechos

Los supuestos fácticos en los cuales se fundamentan las pretensiones se sintetizan así:

La parte demandante ha prestado sus servicios de manera ininterrumpida al departamento de Caldas desde el momento de la certificación educativa establecida en la ley 60 de 1993 y la ley 715 de 2001.

Al momento de su vinculación, fue escalafonada conforme a las premisas establecidas en el Decreto –Ley 1278 de 2002.

Fecode y el Gobierno Nacional, en el acta de acuerdos suscrita el 7 de mayo de 2015, concertaron la realización de una Evaluación con Carácter Diagnóstica Formativa (ECDF) a todos los docentes que no hubiesen podido ascender o reclasificarse en el escalafón, a pesar de haberse presentado con anterioridad - en multiplicidad de ocasiones – a las respectivas evaluaciones.

La parte actora participó activamente en las referidas evaluaciones conforme al procedimiento establecido, superando en su integralidad la ECDF en el curso de formación.

La parte demandante fue ascendida al grado 2A del escalafón docente a partir del 11 de agosto

de 2017 y no a partir del 1° de enero de 2016.

Dado lo anterior, el docente presentó ante la respectiva entidad los recursos de ley para que la decisión fuera modificada y así se le reconocieran los efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

El día 23 de marzo del año 2018 solicitó la cancelación del costo acumulado desde el 1° de enero del 2016 hasta el 11 de agosto del 2017 y mediante el acto administrativo demandado, se decidió desfavorablemente esa petición.

3. Normas violadas y concepto de la violación

Citó la Constitución Política en sus Artículos: 1, 2, 4, 6, 13, 23, 25, 29, 53, 58, 67 y 122; el Decreto 1751 de 2016; Acta de Acuerdos MEN-FECODE de 7 de mayo de 2015; Acta de acuerdos Comité Implementación de la E.C.D.F. – MEN y FECODE del 17 de agosto de 2016; Decreto 1095 de 2005.

Señala que Fecode, a principios del año 2015, presentó dentro de los términos del Decreto 160 de 2014, un pliego de peticiones solicitándole al Gobierno Nacional el ascenso en el escalafón nacional y la reubicación salarial de todos los docentes que pertenecían al Decreto Ley 1278 de 2002, en virtud de lo cual, se expidió el Decreto 1075 de 2015 - adicionado por el Decreto 1757 de septiembre 10 de 2015 -, que de manera literal y específica determinó las etapas del *"proceso de evaluación con carácter diagnóstico formativo"*.

Se determinó que la evaluación con carácter diagnóstica formativa consistía en un solo procedimiento para ascender o reubicar al docente a través de dos actuaciones administrativas principales, esto es, la *"Realización del proceso de evaluación"* y la *"Inscripción y desarrollo de los cursos de formación"*, las cuales hacen parte del mismo procedimiento.

Aduce que el Decreto 1751 de 2016 estableció que *"La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstico formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección"*. Por tanto, advierte que los efectos fiscales del ascenso o reclasificación en el escalafón docente deben darse desde el 1° de enero de 2016, en tanto se demostró que el docente cumple los requerimientos legales para ello; por lo que, los actos administrativos demandados vulneraron el ordenamiento jurídico en tanto parten de una interpretación subjetiva de la normativa.

4. Contestación de la demanda

El apoderado del departamento de Caldas contestó la demanda dentro del término legal, manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda y, sobre los hechos, sostuvo que unos son ciertos, que otros no son hechos y que los demás no le constan.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

–“Falta de legitimación en la causa por pasiva” al considerar que la demanda no debió dirigirse contra de esa entidad territorial sino contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional en virtud de las competencias asignadas en materia de reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones de los docentes y directivos docentes.

–“Inexistencia de la Obligación con Fundamento en la Ley” en el entendido que quien debe intervenir en el asunto de la referencia es el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5. La sentencia apelada

El *a quo* negó las pretensiones de la parte demandante y la condenó en costas.

Hizo un análisis del marco legal que orienta el ascenso en el escalafón docente así como del proceso de evaluación con carácter diagnóstico formativo, advirtiendo que los efectos fiscales aplicables a partir del 1° de enero de 2016 - de conformidad con la normativa pertinente - está dado para quienes superaron sin problemas la evaluación diagnóstica y no para quienes no lograron aprobar el referido examen, pues frente a estos se dispuso una nueva oportunidad a través de los cursos de formación. Así las cosas, concluye que en esta materia se dieron dos escenarios diferentes: un primer grupo conformado por los docentes cuya evaluación diagnóstica fue superada y un segundo grupo, formado por aquellos que no superaron la prueba y cuyo ascenso quedó condicionado a la realización del curso de formación. Y Frente a este último grupo, los efectos fiscales del ascenso no se dan desde el 1 de enero de 2016 sino desde la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora.

En tal sentido, al observar que la parte demandante se encuentra dentro del segundo grupo señalado, concluyó que no es dable para su caso aplicar los efectos fiscales que se establecieron para quienes sí aprobaron el examen diagnóstico.

6. El recurso de apelación

La parte demandante solicitó que se revoque la sentencia dado que no existe motivo para que no se apliquen los efectos fiscales que establece la norma; insistió en que el examen diagnóstico es un solo procedimiento que se aprueba, bien sea por superar el examen o por superar el curso de formación, por lo cual para ambos escenarios resultan igualmente aplicables los efectos del Decreto 1751 de 2016 cuando señaló que “*La reubicación salarial*

y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.”.

De otra parte, solicita se revoque lo referente a la condena en costas dado que, la misma fue impuesta sin ningún tipo de alusión a los motivos de ésta, desconociendo así el criterio de fijación objetivo valorativo que ha sido señalado por el Consejo de Estado sobre este tópico.

7 Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1. Parte demandante. Guardó silencio.

7.2. Parte demandada. Itera lo expuesto en primera instancia. Frente al costo acumulado precisa que, éste es entendido como *“la cantidad total que una inversión realizada tiene en la actualidad. En el valor acumulado se tiene en cuenta tanto el capital invertido como el interés o beneficio que ha generado hasta el momento. De hecho, el valor acumulado se puede expresar tanto en cifras como en porcentajes”*; sin embargo, no entiende qué relación tiene con los efectos fiscales del ascenso. Aduce que tampoco se desarrolla este tema en la demanda.

II. Consideraciones de la Sala

Atendiendo los argumentos expuestos por la parte demandante en el escrito por medio del cual interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia, los problemas jurídicos a resolver en ésta se contraen a los siguientes:

1. Problemas jurídicos

- 1.1. ¿Los efectos fiscales del ascenso en el escalafón docente, obtenidos por la parte demandante, deben ser aplicados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015, modificado por el Decreto 1751 de 2016, esto es, a partir del 1° de enero de 2016?
- 1.2. ¿Era procedente la imposición de condena en costas a cargo de la parte actora, y de ser así, la misma fue fijada de conformidad a los criterios de tasación aplicables?

Para resolver los interrogantes planteados resulta necesario, en primer lugar, hacer referencia al marco normativo sobre el método de evaluación para ascenso de grado o

reubicación de nivel salarial docente desarrollado por el Decreto 1075 de 2015, para luego descender al análisis del caso concreto.

1. **Escalafón docente y procedimiento especial de evaluación para ascenso de gradoo reubicación de nivel salarial a través de cursos de formación.**

El Decreto 1278 de 2002, el cual tiene por objeto regular las relaciones entre el Estado y los educadores a su servicio, estableció el “*Estatuto de Profesionalización Docente*” con el fin de garantizar que la docencia sea ejercida por personal idóneo, definiendo las reglas para ascenso en el escalafón nacional docente con base en la capacitación y superación profesional de los docentes inscritos en carrera administrativa. Al respecto dispuso:

“Artículo 19. Escalafón Docente. *Se entiende por Escalafón Docente el sistema de clasificación de los docentes y directivos docentes estatales de acuerdo con su formación académica, experiencia, responsabilidad, desempeño y competencias, constituyendo los distintos grados y niveles que pueden ir alcanzando durante su vida laboral y que garantizan la permanencia en la carrera docente con base en la idoneidad demostrada en sulabor y permitiendo asignar el correspondiente salario profesional.*

La idoneidad encierra el conjunto de conocimientos, habilidades, actitudes, aptitudes, rendimiento y valores que se consideran imprescindibles para el desempeño de la función docente.

Artículo 20. Estructura del Escalafón Docente. *El Escalafón Docente estará conformado por tres (3) grados. Los grados se establecen con base en formación académica. Cada grado estará compuesto por cuatro (4) niveles salariales (A-B-C-D).*

Quienes superen el período de prueba se ubicarán en el Nivel Salarial A del correspondiente grado, según el título académico que acrediten; pudiendo ser reubicados en el nivel siguiente ascender de grado, después de tres (3) años de servicio, siempre y cuando obtengan en la respectiva evaluación de competencias el puntaje indicado para ello, según lo dispuesto en el artículo 36 del presente decreto.

Artículo 21. Requisitos para inscripción y ascenso en el Escalafón Docente. *Establecen los siguientes requisitos para la inscripción y ascenso de los docentes o directivos docentes estatales en los distintos grados del Escalafón Docente:*

Grado Uno:

- a) Ser normalista superior;*
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;*
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba.*

Grado Dos:

- a) Ser licenciado en Educación o profesional con título diferente más programa de pedagogía o un título de especialización en educación;*
- b) Haber sido nombrado mediante concurso;*
- c) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno.*

Grado Tres:

- a) Ser Licenciado en Educación o profesional;*
- b) Poseer título de maestría o doctorado en un área afín a la de su especialidad o desempeño, o en un área de formación que sea considerada fundamental dentro del proceso de enseñanza-aprendizaje de los estudiantes;*
- c) Haber sido nombrado mediante concurso;*
- d) Superar satisfactoriamente la evaluación del período de prueba; o la evaluación de*

competencias en caso de que esté inscrito en el Grado Uno o Dos.

Parágrafo. Quien reúna los requisitos de los Grados Dos o Tres puede aspirar a inscribirse directamente a uno de estos grados, previa superación de la evaluación del período de prueba.

Artículo 23. Inscripción y Ascenso en el Escalafón Docente. *En cada entidad territorial certificada existirá una repartición organizacional encargada de llevar el registro de inscripción y ascenso en el Escalafón de los docentes y directivos docentes estatales, con las correspondientes evaluaciones y los documentos de soporte para cada grado y nivel salarial, comunicando a la dependencia que se encargue de las novedades de nómina cada vez que se presente una modificación de los mismos.*

...

Los ascensos en el Escalafón y la reubicación en un nivel salarial superior procederán cuando la entidad territorial certificada convoque a evaluación de competencias y se obtenga el puntaje establecido en el artículo 36 de este decreto. Dicha convocatoria establecerá el monto de la disponibilidad presupuestal para efectos de ascenso y reubicación salarial. No podrán realizarse ascensos y reubicación que superen dicha disponibilidad.”

Ahora bien, de forma extraordinaria y atendiendo a una negociación sindical con representantes docentes, el Gobierno Nacional estableció una posibilidad de ascenso en el escalafón para aquellos docentes que no habían logrado ascender en el mismo a pesar de haber presentado en años anteriores los exámenes para el efecto, tal oportunidad se dio a través del Decreto 1075 de 2015 -modificado por el Decreto 1757 de 2015- que señaló:

“Artículo 2.4.1.4.5.1. Objeto. *La presente Sección tiene por objeto reglamentar transitoriamente una modalidad de la evaluación de que trata el artículo 35 del Decreto-ley 1278 de 2002 que será aplicada a los educadores que entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso de grado o la reubicación en un nivel salarial superior, la cual tendrá carácter diagnóstica formativa.*

Artículo 2.4.1.4.5.2. Ámbito de aplicación. *La evaluación de que trata la presente Sección, que tendrá carácter diagnóstica formativa, será aplicada a los docentes, directivos docentes y orientadores inscritos en el Escalafón que regula el Decreto-ley 1278 de 2002, que habiendo participado en alguna de las evaluaciones de competencias desarrolladas entre los años 2010 y 2014 no lograron el ascenso o la reubicación salarial en cualquiera de los grados del Escalafón Docente.*

Artículo 2.4.1.4.5.3. Características de la evaluación. *La evaluación prevista en la presente Sección es de carácter diagnóstica formativa, por lo que valorará la práctica educativa, pedagógica, didáctica y de aula. La aprobación de esta evaluación permitirá el ascenso de grado o la reubicación de nivel salarial en los términos que se consagran en los artículos siguientes.*

...

Artículo 2.4.1.4.5.8. Etapas del proceso. *El proceso de evaluación de carácter diagnóstica formativa de que trata el presente decreto, comprende las siguientes etapas:*

1. Convocatoria y divulgación de la evaluación.
2. Inscripción.
3. Acreditación del cumplimiento de requisitos.
4. Realización del proceso de evaluación.
5. Divulgación de los resultados.

6. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación.
7. Inscripción y desarrollo de los cursos de formación.
8. Reporte de los resultados de los cursos de formación.
9. Expedición de los actos administrativos de ascenso y reubicación. “

...

Artículo 2.4.1.4.5.11. Resultados y procedimiento. *La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto-ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días, a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.*

...

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de la fecha de la publicación de la lista de candidatos, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente Sección.

Artículo 2.4.1.4.5.12. Cursos de formación. Los docentes que no hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en la presente Sección, deberán adelantar alguno de los cursos de formación que ofrezcan universidades acreditadas institucionalmente y/o que cuenten con facultades de educación de reconocida trayectoria e idoneidad, de conformidad con los parámetros establecidos por el Ministerio de Educación Nacional y siempre que cuenten con la respectiva aprobación de este.

...

La reubicación salarial o el ascenso de grado en el Escalafón Docente que se produzca por haber aprobado los cursos de formación en los términos del inciso anterior, surtirán efectos fiscales a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para ser reubicado o ascendido según lo establecido en la presente Sección... (Se destaca)

Como se desprende de la normativa en cita, el Decreto 1075 de 2015 -modificado por el Decreto 1751 de 2016- estableció dos diferentes escenarios para obtener el ascenso en el escalafón docente, los cuales cuentan con una diferencia sustancial en cuanto a la fecha en que surtiría efectos fiscales el correspondiente ascenso.

Así, el Artículo 2.4.1.4.5.11. del referido decreto dispuso un ascenso por aprobación del examen diagnóstico formativo, ascenso que contaría con efectos fiscales a partir de la publicación de la lista de candidatos.

A su vez, el Artículo 2.4.1.4.5.12. *ibídem*, estableció una segunda oportunidad de ascenso a través de la realización y aprobación de un curso de formación docente, evento para el cual el ascenso respectivo tendría efectos fiscales a partir de la radicación de la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la autoridad nominadora.

Ahora bien, posteriormente el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1751 de 2016 aduciendo una serie de situaciones excepcionales advertidas, modificó el referido Artículo 2.4.1.4.5.11. señalando:

“Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 2.4.1.4.5.2 y 2.4.1.4.5.9 del Decreto 1075 de 2015, el día 24 de septiembre de 2015 las entidades territoriales certificadas en educación convocaron a los educadores oficiales que cumplieran con los requisitos para ello, con el fin de que participaran en la evaluación de carácter diagnóstico formativa indicada en esta parte considerativa.

Que a pesar de los esfuerzos realizados para desarrollar la evaluación de carácter diagnóstica formativa dentro de la vigencia 2015, fue necesario que el Ministerio de Educación Nacional modificara el cronograma de la misma establecido en el artículo 14 de la Resolución 15711 de 2015, mediante las resoluciones 16604, 18024, 19499 de 2015, y 9486, 10986, 12476, 14909 Y 16740 de 2016, considerando entre otros hechos: i) los problemas de conectividad en varias zonas del territorio nacional, lo que condujo a que algunos educadores no pudieran cargar los instrumentos de la evaluación, como el video establecido en el artículo 7, literal a) de la Resolución 15711 de 2015; ii) educadores que tuvieron que separarse temporalmente de su cargo por incapacidad médica o licencia de maternidad, así como educadores que cambiaron de establecimiento educativo o de cargo, lo que impidió que pudieran aplicárseles en debida forma los instrumentos de la evaluación; iii) la finalización del primer semestre del calendario académico de las entidades territoriales certificadas en educación, lo que trajo consigo que los educadores no pudieran completar las encuestas que hacían parte de la evaluación; y iv) los bloqueos de las vías principales durante el paro agrario y el paro de transportadores ocurridos en el primer semestre del año 2016, que le dificultaron al ICFES practicar, dentro del cronograma previsto inicialmente, la evaluación a los educadores participantes.

Que por lo anterior, resulta necesario establecer que para los educadores que superen la evaluación indicada en esta parte considerativa, su ascenso de grado o reubicación en el nivel salarial siguiente dentro del Escalafón Docente, se tenga efectos fiscales desde el 1° de enero de 2016.

...

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA

ARTÍCULO 1°. Modificación del artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015. El

artículo 2.4.1.4.5.11 del Decreto 1075 de 2015 quedará así:

«ARTÍCULO 2.4.1.4.5.11. Resultados y Procedimiento. La entidad territorial certificada publicará en su sitio Web y en un lugar de fácil acceso al público la lista de educadores que hubieren superado la evaluación de carácter diagnóstica formativa en los términos establecidos en el numeral 2 del artículo 36 del Decreto Ley 1278 de 2002. Los educadores contarán con un término de cinco (5) días a partir de la publicación, para presentar las reclamaciones a que hubiere lugar.

...

La reubicación salarial y el ascenso de grado en el Escalafón Docente surtirán efectos fiscales a partir de 1° de enero de 2016 para los educadores que superen la evaluación de carácter diagnóstica formativa, siempre y cuando el aspirante cumpla los requisitos para reubicación o ascenso, establecidos en la presente sección.”

Como puede verse, la disposición normativa en cita modificó el artículo 2.4.1.4.5.11, en lo concerniente a los efectos fiscales que tendrían los ascensos de aquellos docentes que

aprobaran la evaluación de carácter diagnóstica formativa, esto en atención a una serie de inconvenientes presentados en el marco de la realización de dichos exámenes, empero, por modo alguno modificó lo relacionado con los efectos fiscales de los docentes que obtuvieran su ascenso en forma supletoria a través de la realización y aprobación de los cursos de formación, situación última regulada por el artículo 2.4.1.4.5.12. del mismo decreto y que no fue objeto de ningún tipo de modificación.

3. Caso concreto

Del contenido de las Resoluciones No. 7282-6 del 20 de septiembre de 2017 y No. 7032-6 del 14 de agosto de 2018, expedidas por el departamento de Caldas, se advierten las siguientes situaciones que no fueron objeto de oposición o prueba en contrario por la parte actora:

- La demandante no aprobó la evaluación diagnóstica formativa.
- Por lo anterior, la docente realizó un curso de formación en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12. del Decreto 1075 de 2015.
- La docente radicó el 11 de agosto de 2017 ante la Secretaría de Educación de Caldas solicitud de ascenso en el escalafón docente acompañada de la certificación de aprobación de un curso de formación en pedagogía, con puntaje aprobatorio de 83 puntos.

De lo anterior se concluye que, el ascenso en el escalafón docente obtenido por la aquí demandante se dio en los términos del artículo 2.4.1.4.5.12. del Decreto 1075 de 2015, esto es, mediante la aprobación de curso de formación, por lo cual los efectos fiscales del mismo no son otros que los señalados por dicho canon normativo, es decir, *“a partir de la fecha en que el educador radique la certificación de la aprobación de dichos cursos ante la respectiva autoridad nominadora”*, lo cual, para el caso de marras, se dio el 11 de agosto de 2017; efectos fiscales que fueron precisamente los dados por los actos demandados.

Así las cosas, no es de recibo para esta Colegiatura la pretensión de la parte actora tendiente a que se le otorgue a su ascenso en el escalafón docente, los efectos fiscales que estableció el Decreto 1751 de 2016, pues como se advirtió líneas atrás, dicha excepcionalidad sólo es aplicable a aquellos docentes que obtuvieran dicho ascenso mediante la aprobación del examen diagnóstico establecido por el artículo 2.4.1.4.5.11. del Decreto 1075 de 2015, lo cual no es el caso de la accionante.

No puede pretenderse por aquella equiparar su situación a la de los docentes que aprobaron dicha evaluación, pues como pudo verse en el acápite anterior, se trata de situaciones fácticamente diferentes y reguladas jurídicamente en formas distintas.

Así las cosas, se halla respuesta negativa al primer problema jurídico planteado.

4. Costas en primera instancia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*¹ están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados; así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del Código General del Proceso - CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales, por todos los gastos surgidos para dar el curso normal al proceso.

Por su parte, *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA dispone: "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 atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el CGP en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior,

¹ Sentencia C-089/02

la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En este punto se considera necesario destacar que, el Consejo de Estado, mediante providencia de 7 de abril de 2016⁴, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en las posturas del extinto CPC y el CGP, puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a criterios como la temeridad o mala fe para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales, el Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento para la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP, se compruebe para su imposición que *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*. En efecto, la aludida corporación ha señalado⁵:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo”—CCA— a uno “objetivo valorativo”—CPACA—.*

- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

En el sub iudice, dada la fecha en que fue proferida la sentencia de primera instancia, la imposición de la condena en costas tenía lugar en contra de la parte vencida en juicio y en la medida de su comprobación.

Sin embargo, observa la Sala que el a quo se limitó a tasarlas sin exponer las razones por las cuales estimaba que las mismas se hallaban causadas, incumpliendo con ello la carga argumentativa que se le exigía para esos efectos. En consecuencia, se revocará el ordinal segundo de la sentencia apelada en lo que respecta a la condena en costas.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P: William Hernández Gómez.

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No. 05-001-23-33-000-2012-00439-02 (0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

5. Costas en segunda instancia.

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, no se condenará en costas en esta instancia comoquiera que no está establecido que la demanda se hubiese presentado con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

III. Falla

Primero: Se revoca el ordinal segundo de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2020 por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora **Flor María Cardona López** contra el **departamento de Caldas** mediante el cual se condenó en costas a la demandante.

Segundo: Se confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

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

Notifíquese y Cúmplase

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

Magistrada Ponente

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 132

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-005-2019-00281-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Deyanira Henao Toro
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 4 de febrero de 2019, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 14 de diciembre de 2015 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 0677-6 del 1 de febrero del 2016 y pagada el 06 de mayo de 2016. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La Nación – Ministerio de Educación no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a la petición presentada y ordenó a la demandada que reconozca y cancele a la parte demandante una día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, entre el 30 de marzo al 05 de mayo del 2016, liquidada con base en el promedio de salario devengado por la demandante en 2016 y ordenó su indexación a partir del día siguiente en que cesó la causación de la sanción hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, el FNPSM emitió o notificó el acto después de los 15 días con que contaba para ello. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (6 de mayo de 2016) con el día en que dicho pago se debió efectuar (29 de marzo de 2016), se deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la orden de indexación de la sanción moratoria; para ello señaló que, el Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014-00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), aclaró que no procede el reconocimiento de indexación o actualización de la indemnización moratoria.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Procedía la orden de indexación de la sanción moratoria?*

3. Tesis del Tribunal

Procede la orden la indexación de la sanción moratoria, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

4. Marco jurídico - Indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario “un día de salario por cada día de retardo”, **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en***

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación. En ese orden de ideas, no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo². (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018**³ precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa

²Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

*prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.** [...]*

*188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁵.

5. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, esto es, desde el 5 de mayo de 2016 hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

6. Costas en esta instancia.

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

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

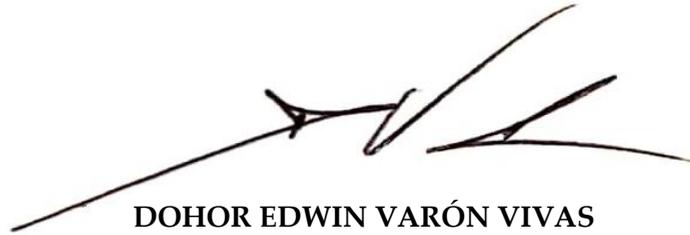
restablecimiento del derecho promovido por María Deyanira Henao Toro contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Salva voto parcialmente)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 133

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-003-2019-00553-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Mariela Quintero
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 31 de octubre de 2018, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 25 de abril de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 5783-6 del 04 de julio de 2018 y pagada el 27 de diciembre de 2018. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos negó los referentes a la mora en el pago de las cesantías y el valor de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones de: *“DETRIMENTO PATRIMONIAL DEL ESTADO”* basada en que, s pretensiones y condenas solicitadas por la parte demandante, busca menoscabar el patrimonio del Estado; *“COBRO DE LO NO DEBIDO POR COBRO EN EXCESO DE LOS DÍAS DE MORA”* teniendo en cuenta que, a la docente demandante se le deben 12 días de mora y no 152 como se expone en la demanda, que a la demandante se le pago la cesantía el 30 de enero de 2019 por lo cual las fechas alegadas en la demanda no son correctas. *“RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a la petición presentada y ordenó a la demandada que reconozca y cancele a la parte demandante una día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, entre el 27 de julio de 2018, inclusive, hasta el 26 de diciembre de 2018, inclusive, liquidada con base en el promedio de salario devengado por la demandante en 2018 y ordenó su indexación a partir del día siguiente en que cesó la causación de la sanción hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, el FNPSM emitió o notificó el acto después de los 15 días con que contaba para ello, en atención a que la demandante renunció a los términos para interponer el recurso de reposición, debe entenderse que una vez transcurridos 60 días desde la presentación de la solicitud de reconocimiento de cesantías sin que se haya realizado el pago, se causa la sanción mora. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (27 de diciembre de 2018) con el día en que dicho pago se debió efectuar (26 de julio de 2018), se deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la condena por cuanto, si la solicitud fue presentada el 25 de abril de 2018, la entidad contaba con 15 días para expedir el acto de reconocimiento y concesión, es decir, hasta el 18 de mayo de 2018. Sin embargo, la Resolución No. 5783-6 solo fue emitida hasta el 4 de julio de 2018, es decir, de forma extemporánea. Bajo este panorama, directamente la jurisprudencia nos indica que el plazo a aplicar será el de la primera hipótesis, esto es el de 70 días, así:

Como no fue expedido a tiempo, no es posible aplicar las hipótesis de acto escrito en tiempo con notificación, cualquiera que ella sea, o incluso sin notificarse o hacerlo por fuera de tiempo, pues ya vimos que el acto fue extemporáneo. Mucho menos acto escrito con renuncia o con interposición de recurso, porque reiteramos el acto no fue expedido a tiempo, razón de peso para que la única posibilidad a aplicar sea la de acto extemporáneo, es decir, con un plazo de 70 días para pagar las cesantías reconocidas, contado a partir del día siguiente a la presentación de la solicitud.

En cuanto a la fecha de pago de las cesantías, señaló que, el certificado emitido por la entidad Fiduciaria a cargo del pago de esta prestación, indica que la disposición del dinero, la primera, se realizó el 23 de agosto de 2018, no el 27 de diciembre de 2018. Asimismo, indica que, al no haber sido cobrados, la entidad ordenó su reprogramación nuevamente en fecha posterior. Es decir, que la reprogramación ocurrió por la inactividad del demandante de recamar los dineros en la entidad bancaria a tiempo, razón por la cual mi representada tuvo que ordenar nuevamente que los dineros se pusieran a disposición.

Frente a la indexación señaló que, el Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014- 00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), aclaró que no procede el reconocimiento de indexación o actualización de la indemnización moratoria.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: *“Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces”*, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Se encuentra debidamente ordenada la liquidación de la sanción moratoria en la sentencia de primera instancia?*

¿Procedía la condena en costas?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal: En la sentencia recurrida se señaló como fecha límite para efectuar el pago de las cesantías el 26 de julio de 2018, cuando lo correcto es el 10 de agosto de 2018, además, el pago fue puesto a disposición de la demandante el 23 de agosto de 2018, no el 27 de diciembre de 2018, por lo tanto, se impone modificar el ordinal segundo de la sentencia, para en su lugar precisar que, la sanción moratoria se causó desde el 11 de agosto de 2018 inclusive hasta el 22 de agosto de 2018 inclusive. Se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Marco jurídico

2.2.1. Reconocimiento de la sanción por mora

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado², indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

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

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

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018³, el Consejo de Estado lustra la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

Hipótesis	Notificación	Corre ejecutoria	Término pago cesantía	Corre moratoria
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición

² Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

³ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

ACTO ESCRITO EXTEMPORÁNEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

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

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

2.2.2. Sobre la indexación de la Sanción moratoria

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

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación**. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella**. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.*

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación

en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo⁵. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018⁶** precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad económica** contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.** [...]*

*188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el

⁵Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁸.

2.3. Hechos acreditados

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

- La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías definitivas el

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

25 de abril de 2018, y le fueron reconocidas a través de Resolución 5783-6 del 4 de julio de 2018. (Fl. 21-22 Archivo: 01Demanda.pdf)

- De conformidad con el recibo emitido por el banco BBVA, el pago en efectivo de las cesantías se realizó el 9 de enero de 2019, y en la “OBSERVACIÓN 2 se indica: “20181227” “REPROGRAMACIÓN DE CESANTÍAS DEFINITIVAS” (Fl. 24 Archivo: 01Demanda.pdf)
- En la certificación expedida por la Fiduprevisora, se indica que el valor de las cesantías quedó a disposición de la parte demandante a partir del 23 de agosto de 2018, el cual no fue cobrado y se reprogramó nuevamente el 9 de enero de 2019. (Fl. 11 Archivo: 15ApelacionFOMAG.pdf)
- La parte accionante el 31 de octubre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías. (Fl. 17-18 Archivo: 01Demanda.pdf)

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

En cuanto a la fecha en que se causó la mora: Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, y teniendo en cuenta que el acto de reconocimiento de la cesantías fue extemporáneo, no se tiene en cuenta la notificación para el computo del término de pago, por lo que la ejecutoria de 10 días, corren “después de cumplidos 15 para expedir el acto y luego los 45 días para el pago; de conformidad con la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018⁹, del Consejo de Estado que señaló:

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

De acuerdo a lo anterior, los términos para pagar las cesantías de la parte demandante se cumplieron en las siguientes fechas:

Término	Fecha Límite	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías	25/04/2018	
Término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	18/05/2018	04/06/2018

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

Término ejecutoria -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	01/06/2018	
Término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	10/08/2018	

Ahora bien, como se trata de un acto de reconocimiento de la cesantías extemporáneo, y que la renuncia a los términos para interponer recursos por parte de la demandante, ocurrió cuando ya había corrido la ejecutoria presuntiva, (10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto) para efectos del cómputo de la sanción moratoria, tal renuncia no modifica el término para el pago, pues resultaría más gravoso para la parte demandante, pues los 45 días para el pago se contarían después de dicha renuncia, siendo

Sobre el particular, en la referida sentencia de unificación del 18 de julio de 2018, se señaló:

“SEGUNDO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar en cuanto a la exigibilidad de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, las siguientes reglas:

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

ii) Así mismo, en cuanto a que el acto que reconoce la cesantía debe ser notificado al interesado en las condiciones previstas en el CPACA, y una vez se verifica la notificación, iniciará el cómputo del término de ejecutoria. Pero si el acto no fue notificado, para determinar cuándo corre la ejecutoria, deberá considerarse el término dispuesto en la ley¹⁰ para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio. Por su parte, cuando el peticionario renuncia a los términos de notificación y de ejecutoria, el acto adquiere firmeza a partir del día que así lo manifieste. En ninguno de estos casos, los términos de notificación correrán en contra del empleador como computables para sanción moratoria”.

Preciso además que:

“109. Siguiendo esta misma línea, se encuentra la hipótesis de cuando el peticionario renuncia expresamente a los términos de notificación y de ejecutoria, procurando así un ágil cumplimiento del acto que le reconoce la cesantía, adquiriendo firmeza a partir de la fecha en que haga tal manifestación, al tratarse de oportunidades asociadas al debido proceso que le permite enterarse de la decisión y controvertirla. En este caso, los 45 días para que se produzca el pago de la cesantía reconocida, corren a partir del día siguiente en que renuncia a los términos de notificación y ejecutoria”.(Se resalta)

¹⁰ Artículo 69 CPACA.

En ese orden de ideas se concluye que, el vencimiento del término para el **pago** de las cesantías ocurrió el 10 de agosto de 2018; por lo tanto, se impone modificar la sentencia, para precisar que la sanción moratoria se causó desde el 11 de agosto de 2018, inclusive

En cuanto a la fecha en que se realizó el pago de las cesantías: de conformidad el recibo emitido por el banco BBVA, en el que si bien se indica que fue cobrado el 9 de enero de 2019, y que en la “OBSERVACIÓN 2” se indica: “20181227” “REPROGRAMACIÓN DE CESANTÍAS DEFINITIVAS”, aunado a la certificación expedida por la Fiduprevisora, que indica que, el valor de las cesantías quedó a disposición de la parte demandante a partir del 23 de agosto de 2018, y que se reprogramó por su no cobro; se debe tener esta fecha como aquella en que cesó la mora.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha manifestado que, el cumplimiento del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías se consuma con la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente para su pago en ventanilla, toda vez que en cabeza del interesado está la carga de verificar si el monto dinerario se encuentra disponible para su retiro:

“En lo referente al pago de las cesantías del 10 de agosto de 2011 en el banco BBVA de la ciudad de Ibagué, el Tribunal Administrativo del Tolima, afirmó que se configuró el pago efectivo de la obligación por cuanto, habiéndose notificado la Resolución 1137 de 29 de noviembre de 2010, a través de la cual el FOMAG y la Secretaría de Educación Departamental del Tolima, reconocieron el valor de \$3.803.658; no existía un trámite adicional que mediara entre ésta y el pago alegado.

Además, sostuvo que el hecho de que la actora no se percatara de dicho desembolso, no implica que la suma no haya sido cancelada, pues materialmente se produjo la consignación en la cuenta registrada para tales efectos, entrando así a su patrimonio, sin que la omisión de dicha verificación sea imputable al FOMAG, ni a la Fiduprevisora S.A.

Al respecto, la Sala considera que tal como se desprende de lo expresado en la demanda, la Resolución No. 1137 de 29 de noviembre de 2010 y el Oficio No. 2014EE00016230 de marzo de 2014 expedido por la Fiduprevisora; las cesantías reclamadas por la accionante efectivamente fueron canceladas, dado que la consignación es un hecho material que genera el cumplimiento de lo ordenado en la resolución de reconocimiento notificada el 28 de junio de 2011, sin que tuviera que existir una comunicación adicional sobre el desembolso bancario de las mismas, correspondiéndole a la actora verificar la extinción de la obligación previamente reconocida.

Así entonces, la reprogramación del pago sugerida por la Fiduprevisora en el Oficio No. 2014EE00016230 de fecha 19 de marzo de 2014, no constituye una negativa del pago de la prementada prestación social, sino un procedimiento administrativo destinado a velar eficazmente por la salvaguarda de los recursos que maneja el FOMAG. (...)”¹¹

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia

Y más recientemente, resaltó que el retiro de las cesantías no constituye el hito temporal final de la sanción moratoria:

*“30. De lo expuesto, la Sala de decisión observa que de acuerdo con la fecha en que se radicó la solicitud de retiro parcial de cesantías con destino a construcción de vivienda, la sanción moratoria se causó desde a partir del 7 de febrero de 2013, esto es, al día siguiente del vencimiento de los 70 días hábiles con que contaba la administración para el reconocimiento y pago de la prestación aludida, hasta el 30 de mayo de 2013, día anterior en que se hizo efectivo el pago de la suma reconocida conforme a lo dispuesto por el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, toda vez que el pago por el valor total reconocido tuvo lugar el 31 de mayo de 2013, tal como se evidencia del certificado expedido en por la Fiduprevisora, pues el hecho de que el actor haya retirado la suma correspondiente hasta el 14 de abril de 2014, no conlleva a que la penalidad se causó hasta ese momento, pues la ley establece «hasta que se haga efectivo el pago», lo cual ocurrió en el 2013”.*¹²

Los pronunciamientos citados permiten colegir que, el pago efectivo que da lugar a la cesación de la mora se configura cuando el FOMAG pone los dineros correspondientes a disposición del beneficiario en la institución bancaria respectiva, pues este último tiene la carga de verificar su desembolso, incluso, haciendo uso de los mecanismos que ofrece la entidad para ese fin¹³. Por ende, el FOMAG no tiene la obligación de comunicar o notificar el pago, ya que el retiro o cobro de los recursos no tiene consecuencias de cara a la sanción moratoria y tampoco revive su causación.

Además, la consignación o giro de la prestación al banco correspondiente no es en sí misma un acto administrativo que por tanto deba ser notificado al interesado para que surta sus efectos, simplemente es un trámite que realiza la entidad, dando cumplimiento al acto administrativo de reconocimiento de las cesantías.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que, los dineros fueron puestos a disposición de la parte demandante, por primera vez, el 23 de agosto de 2018 es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, hasta el 22 de agosto de 2018.

En la sentencia apelada el *a quo*, tomó como fecha del pago de las cesantías el 27 de diciembre de 2018, cuando lo correcto es el 23 de agosto de 2018. Por lo tanto, se impone modificar el ordinal segundo de la sentencia, para en su lugar precisar que, la sanción moratoria se causó desde el 11 de agosto de 2018 inclusive hasta el 22 de agosto de 2018 inclusive, la cual debe ser liquidada con base en la asignación básica devengada por la parte demandante en ese mes.

de 15 de junio de 2017. Rad.: 2013-00156 (2159-14).

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez. Sentencia de 28 de marzo de 2019. Rad.: 68001-23-33-000-2016-00495-01(2804-18)

¹³ “(...) ¿Dónde puede consultar el pago de una prestación?

Puede conocer el estado de la prestación ingresando a la página del Fomag (www.fomag.gov.co) con su usuario y contraseña o descargando la aplicación Fomag en su dispositivo móvil en el link estado prestaciones y verificar si se encuentra en estado pagado. (...)” Ver: <https://www.fomag.gov.co/preguntas-frecuentes/>, consultado el 23 de julio de 2021.

En cuanto a la indexación: de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

3. Segundo problema jurídico - Costas en primera instancia

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se acreditó su causación, no se halló probada la mala fe y tampoco se accedió en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., se condena en costas a cargo de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho, por la suma de \$515.900, conforme a los parámetros establecidos en el numeral 1° del artículo 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional¹⁴ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales, honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

¹⁴ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone:

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

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

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se compruebe para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación¹⁵ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público."

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que no fue realizado en la providencia de primera instancia.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al no estar cumplido el criterio objetivo valorativo, se revocará la condena en costas y agencias en derecho impuestas en primera instancia.

6. Costas en esta instancia.

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

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se modifica el ordinal Segundo de la sentencia del 29 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Mariela Quintero contra

la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, **el cual quedará así:**

SEGUNDO.- A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, a reconocer y pagar a favor de la señora MARIELA QUINTERO la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por el período comprendido entre el 11 de agosto de 2018 inclusive hasta el 22 de agosto de 2018 inclusive. La sanción será liquidada con base en el promedio de los salarios devengados por la demandante para el año 2018. Las sumas que resulten a favor de la demandante, deberán actualizarse conforme al artículo 187 del C.P.A.C.A., a partir del día siguiente que cesó la causación de la sanción moratoria, esto es, desde el 27 de diciembre del 2018 hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

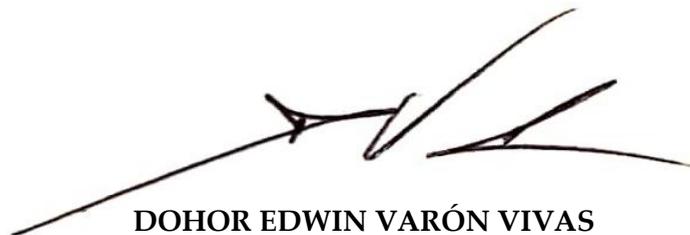
SEGUNDO: Se revoca el ordinal Cuarto de la sentencia apelada. En su lugar, No se impone condena en costas en primera instancia.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Salva voto parcialmente)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-33-004-2020-00015-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de MAYO de dos mil veintidós (2022)

S. 066

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora **MARÍA CONSUELO DIEZ CHALARCA**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad de la Resolución N° 6683-6 de 17 de octubre de 2019, con la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional - prima de mitad de año, a partir del 26 de abril de 2018, por ser pensionada del FNPSM y no ser beneficiaria de la pensión gracia.

- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI

- Refirió que la demandante fue vinculada por primera vez como docente oficial, con posterioridad al 1° de enero de 1981, por lo que no tiene derecho a la UGPP reconozca a su favor la pensión gracia.
- Con Resolución N° 1191-6 del 4 de marzo de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados:

- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Como concepto de la violación se expresa, en suma:

- ✓ La prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.
- ✓ El derecho solicitado fue establecido con anterioridad al reconocimiento de la mesada en la Ley 100 de 1993, pues ya existía para los docentes del Magisterio que fueron vinculados con después de 1981, equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho (Ley 91 de 1989).

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**, con escrito obrante en 6 páginas (PDFN° 4), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demandante, y propuso los medios exceptivos que denominó: **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO’**, en atención a que las actuaciones surtidas por la entidad no han pretendido atentar contra los derechos de la demandante, y se han ajustado a los lineamientos legales y jurisprudenciales; y **‘LA GENÉRICA’**.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales, en desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 22 de septiembre de 2021, dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda en los términos que pasan a compendiarse /PDF N° 11/.

En primer lugar, estableció que el problema jurídico se circunscribía a determinar si le asiste derecho a la demandante al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año prevista en la numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de una pensión gracia. A continuación, se remitió a los artículos 142 de la Ley 100 de 1993 y 15 de la Ley 91 de 1989, al Acto Legislativo 01 de 2005 y pronunciamientos realizados por la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado para concluir que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada de mitad de año, tanto para el régimen general como para los regímenes especiales como una medida para garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, al abordar el caso concreto, explicó que la demandante es beneficiaria de una pensión de jubilación que fue reconocida con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible en el PDF N° 16 del expediente digitalizado, el apoderado de la demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Explicó que le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985; y que, toda vez que los docentes carecen de un régimen especial de pensiones, se les debe aplicar la Ley 33 de 1985 para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2009, y la Ley 100 de 1993 para los vinculados con posterioridad a la misma. Preciso que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; y que tal beneficio dista de la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Prosiguió refiriéndose a la Sentencia C-409 de 1994 emanada de la H. Corte Constitucional, y concluyó que si bien la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general en pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados, ello no significó que su hubiera modificado su régimen especial, y por ello, considera, debe darse estricta aplicación a lo allí dispuesto, máxime cuando se encuentra plenamente vigente. Finalmente, refirió que la demandante acudió a la jurisdicción con la firme convicción de que existe una vulneración a sus garantías constitucionales y legales, por lo que, en caso de ser vencida en juicio, una eventual condena en costas resultaría injusta, acudiendo además a la reforma introducida al artículo 188 del C/CA por la Ley 2080 de 2021.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte actora, por modo principal, la nulidad del acto administrativo con el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS negó

a la demandante el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año, y en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos esbozados por la entidad apelante, el problema jurídico a desatar se contrae a siguiente cuestionamiento:

- *¿Cumple la demandante con los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año?*
- *¿Amerita ser revocada la condena en costas impuesta en primera instancia?*

(I)

MARCO JURÍDICO DE LA MESADA ADICIONAL

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado, que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“
(...)”

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

medio año equivalente a una mesada pensional”. /Resalta la Sala/

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (~~...~~), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

(~~...~~)

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Más adelante, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

(...)

“En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos”.

(...)

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo”.

“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

(...)

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, el parágrafo transitorio 6°, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005;
- Cuando la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011.

(III)

EL CASO CONCRETO

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 1191-6 del 4 de marzo de 2019, a la señora MARÍA CONSUELO DIEZ CHALARCA le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$3'088.860, a partir del 27 de abril de 2018;
- Con Resolución N° 6683-6 de 17 de octubre de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- La demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.
- La cuantía de la pensión reconocida a supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO
\$3'088.860	(2018) \$781.242	\$1'343.726

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor de la demandante, en razón, no sólo a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que a ello se suma que el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida supera el monto equivalente a 3 SMMLV.

Colofón de lo expuesto, esta Sala Plural considera que la accionante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

SOBRE LA CONDENA EN COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Reprocha también la parte actora la condena en costas dispuesta en primera instancia, aludiendo básicamente que esta preceptiva no se halla ajustada a derecho, en tanto al acudir ante esta jurisdicción especializada, lo hizo en procura de su defensa de sus derechos, por lo que su propósito con la demanda, lejos de congestionar el aparato judicial, fue obtener la protección de sus prerrogativas.

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 ese orden, el Tribunal no evidencia que la demanda presentada esté desprovista por completo de fundamento legal, pues se basa en una postura legal y jurisprudencial enmarcada en argumentos razonables, al margen de que las pretensiones de la parte actora hayan sido desestimadas, lo que no ha de equipararse de manera inmediata a la absoluta carencia de fundamento jurídico. Por ende, y teniendo en cuenta que el juez de primera instancia tampoco precisó o indicó estar ante el supuesto normativo descrito, atendiendo la vigente norma sobre este particular, conlleva la revocatoria del ordinal 6° de la sentencia apelada, en cuando dispuso la condena en costas contra la parte demandante en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

No habrá condena en costas ni agencies en derecho en segunda instancia, por no darse los supuestos previstos en los numerales 3 y 4 del canon 365 del C.G.P.

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

FALLA

REVÓCASE el ordinal 3° de la sentencia emanada del Juzgado 4° Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por la señora

MARÍA CONSUELO DIEZ CHALARCA, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**.

CONFÍRMASE en lo demás el fallo apelado.

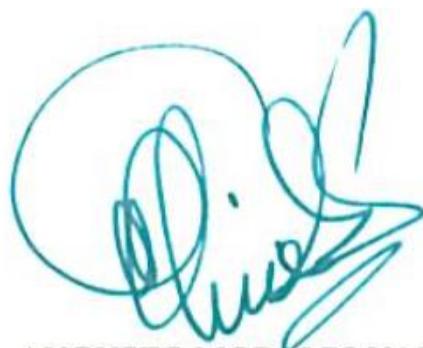
SIN COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 024 de 2022.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-000-2020-00072-00
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA
Manizales, veinte (20) de MAYO dos mil veintidós (2022)

A.I. 190

Procede la Sala de Decisión a resolver la solicitud de aclaración de sentencia presentada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **FABIO HERNÁN RAMÍREZ ZULUAGA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

LA SOLICITUD DE ACLARACIÓN

Mediante escrito obrante en el archivo digital 48, solicita el ente territorial que se aclare la sentencia dictada por esta colegiatura dentro del proceso de la referencia, argumentando que, en el fallo, el Tribunal condenó a la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** a reconocer y pagar a favor del demandante **FABIO HERNÁN RAMÍREZ ZULUAGA**, la sanción moratoria prevista en la Ley 1071 de 2006 por el pago tardío de las cesantías, y acto seguido, dispuso compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, para que se investigue la posible comisión de conductas disciplinarias o detrimento patrimonial en la que pudieron incurrir las autoridades accionadas con ocasión de la sentencia.

Indica que la petición de aclaración se basa en que el ente departamental no fue condenado en el proceso, pues el fallo fue claro en que la responsabilidad del pago de la sanción moratoria es exclusiva de la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**; no obstante, el Departamento sí hace parte de la orden de compulsación de copias.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

El artículo 285 del Código General del Proceso, aplicable al proceso contencioso administrativo en virtud de la remisión normativa establecida en el canon 306 de la Ley 1437 de 2011, dispone sobre la aclaración de sentencias:

“ARTÍCULO 285. ACLARACIÓN. La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella (...)”

Abordando las particularidades del caso, en sentir de la Sala de Decisión no existen motivos que conlleven la aclaración de la sentencia, pues la orden de compulsar copias a las instancias disciplinarias y fiscales es armónica con la tesis sostenida y la decisión adoptada por esta colegiatura. Es decir, que si bien el Tribunal condenó únicamente a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM al pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías valiéndose de la tesis que ha pregonado esta jurisdicción en este tipo de casos, lo anterior no implica desconocer que las entidades territoriales tienen asignadas ciertas tareas, que aunque operativas, instrumentales o puramente administrativas, pueden incidir en el reconocimiento oportuno o tardío de esta prestación social.

A título enunciativo, el Decreto 2831 de 2005 consagra sobre el particular:

“Artículo 3°. Gestión a cargo de las secretarías de educación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 91 de 1989 y el artículo 56 de la Ley 962 de 2005, la atención de las solicitudes relacionadas con las prestaciones sociales que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, será efectuada a través de las

secretarías de educación de las entidades territoriales certificadas, o la dependencia que haga sus veces.

Para tal efecto, la secretaría de educación de la entidad territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente, deberá:

1. Recibir y radicar, en estricto orden cronológico, las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de acuerdo con los formularios que adopte la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos de dicho Fondo.
2. Expedir, con destino a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo y conforme a los formatos únicos por esta adoptados, certificación de tiempo de servicio y régimen salarial y prestacional, del docente petionario o causahabiente, de acuerdo con la normatividad vigente.
3. Elaborar y remitir el proyecto de acto administrativo de reconocimiento, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación de la solicitud, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para su aprobación, junto con la certificación descrita en el numeral anterior del presente artículo.
4. Previa aprobación por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo y administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio suscribir el acto administrativo de reconocimiento de prestaciones económicas a cargo de dicho Fondo, de acuerdo con las Leyes 91 de 1989 y 962 de 2005 y las normas que las adicionen o modifiquen, y surtir los trámites administrativos a que haya lugar, en los términos y con las formalidades y efectos previstos en la ley.

5. Remitir, a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, copia de los actos administrativos de reconocimiento de prestaciones sociales a cargo de este, junto con la respectiva constancia de ejecutoria para efectos de pago y dentro de los tres días siguientes a que estos se encuentren en firme (...).”

Es cierto que en el sub lite no se profirió condena contra el DEPARTAMENTO DE CALDAS, y que la sentencia impuso el reconocimiento de la sanción moratoria exclusivamente a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM, pero en la determinación de la eventual responsabilidad disciplinaria y fiscal que pueda derivarse de la tardanza en el reconocimiento, ha concurrido la gestión hecha por la entidad departamental al tenor de la norma reproducida, y eso compete hallarlo a los organismos de control competentes.

Por ende, la remisión de copias para estos propósitos en modo alguno riñe con la decisión adoptada por esta corporación, por lo que no hay lugar a aclarar la sentencia que así lo dispuso.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

NIÉGASE la solicitud de aclaración de la sentencia proferida por este Tribunal, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **FABIO HERNÁN RAMÍREZ ZULUAGA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Con fundamento en los artículos 243 inciso 1° y 247 numerales 1 y 2 de la Ley 1437/11 (modificados, en su orden, por los artículos 62 y 67 de la Ley 2080/21), por su oportunidad y procedencia, **CONCÉDESE** el recurso de

apelación interpuesto por la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** contra el fallo proferido dentro del proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha según Acta N° 024 de 2022.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 134

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-004-2020-00073-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María del Carmen Arias Gómez
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 10 de julio de 2019, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 10 de diciembre de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 094 del 12 de febrero de 2019 y pagada el 14 de junio de 2019. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos negó los referentes a la mora en el pago de las cesantías y el valor de la sanción moratoria.

Propuso la excepciones de: *“RECONOCIMIENTO OFICIOSO O GENÉRICA”*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a la petición presentada y ordenó a la demandada que reconozca y cancele a la parte demandante una día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, entre el 22 de marzo de 2019, inclusive, hasta el 13 de junio de 2019, inclusive, liquidada con base en el promedio de salario devengado por la demandante en 2019 y ordenó su indexación a partir del día siguiente en que cesó la causación de la sanción hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, el FNPSM emitió o notificó el acto después de los 15 días con que contaba para ello. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (14 de junio de 2019) con el día en que dicho pago se debió efectuar (21 de marzo de 2019), se deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la orden de indexación de la sanción moratoria y las costas.

Frente a la indexación señaló que, el Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014- 00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), aclaró que no procede el reconocimiento de indexación o actualización de la indemnización moratoria.

En cuanto a la condena en costas señaló que, no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial, además que la sentencia accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿Procedía la orden de indexación de la sanción moratoria?*

¿Procedía la condena en costas?

2. Primer problema jurídico

2.1. Tesis del Tribunal: Procede la orden la indexación de la sanción moratoria, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

2.2. Marco jurídico - Indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

*adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación**. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella**. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el párrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.*

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo². (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018³** precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien

²Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.** [...]*

*188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁴, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁵.

2.3. Hechos acreditados

De las pruebas obrantes en el expediente, se logra establecer que:

- La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales el 10 de diciembre de 2018, y le fueron reconocidas a través de Resolución 094 del 12 de febrero de 2019. (Fl. 26-29 Archivo: 02Demanda.pdf)
- De conformidad con el recibo emitido por el banco BBVA, el pago en efectivo de las cesantías se realizó el 14 de junio de 2019. (Fl. 30 Archivo: 02Demanda.pdf)
- La parte accionante el 10 de julio de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías. (Fl. 20-22 Archivo: 02Demanda.pdf)

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

2.4. Análisis sustancial del caso concreto

En cuanto a la indexación: de acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

3. Segundo problema jurídico - Costas en primera instancia

Señala la apelante que la condena en costas impuesta en primera instancia debe ser revocada por cuanto no se acreditó su causación, no se halló probada la mala fe y tampoco se accedió en su totalidad a las pretensiones de la demanda.

Al respecto, en la sentencia apelada se indicó que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, y a la remisión normativa señalada por el canon 306 ibidem en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del CGP, y atendiendo a un criterio objetivo valorativo en su imposición, se condenará a la parte demandada por el valor de las agencias en derecho, dado que se ha accedido a las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial.

La Sala precisa que, si bien el artículo 366 del CGP en su numeral 5° establece la procedencia del recurso de apelación contra el auto que aprueba la liquidación de las costas procesales; dicha disposición no resulta aplicable para el caso bajo estudio, toda vez, que en esta ocasión aún no existe auto que apruebe la liquidación de costas; es más, lo que se discute no es su liquidación, sino la condena en sí, la cual, al ser objeto de decisión en la sentencia de primera instancia, resulta apelable de conformidad con el inciso primero del artículo 243 del CPACA. En tal sentido, la Sala estima procedente abordar la discusión planteada por la entidad accionada por vía de alzada.

Así las cosas, la Corte Constitucional⁶ ha explicado que las costas, esto es, *"aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial"*, están conformadas por dos rubros distintos: las expensas y las agencias en derecho.

Las primeras corresponden a los gastos surgidos con ocasión del proceso y necesarios para su desarrollo, pero distintos al pago de apoderados, así, de conformidad con el Capítulo II del Título I -Costas- del CGP, las expensas están conformadas por aranceles judiciales,

⁶ C-539 de 1999. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1°, numeral 198 (parcial) del Decreto 2282 de 1989, "Por el cual se introducen algunas modificaciones al Código de Procedimiento Civil" Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz Expediente D-2313

honorarios de auxiliares de la justicia, entre otros, es decir, en términos generales a todos los gastos surgidos para dar el curso procesal ordinario requerido por el proceso judicial.

Por su parte, prosigue el citado pronunciamiento jurisprudencial constitucional advirtiendo que *"las agencias en derecho no son otra cosa que la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora, aun cuando pueden fijarse sin que necesariamente hubiere mediado la intervención directa de un profesional del derecho"*.

El artículo 188 del CPACA dispone:

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

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

En atención a la remisión expresa del artículo referido, se tiene entonces que el Código General del Proceso en su artículo 365 establece:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.”

En este punto se considera necesario destacar que, el H. Consejo de Estado mediante providencia de 7 de abril de 2016, advirtió sobre la variación de la postura que se venía aplicando respecto de las condenas en costas y agencias en derecho, basada en la modificación introducida por el CPACA y que encuentra sustento en el CGP puesto que la normatividad anterior, Decreto 01 de 1984 consagraba originalmente en su artículo 171, un criterio subjetivo de valoración, en el cual se atendía exclusivamente a caracteres como la temeridad o mala fe, para proferir condenas en costas y agencias en derecho, en síntesis, advirtió el establecimiento de un nuevo criterio objetivo en lo que respecta a la imposición de costas procesales.

Ahora bien, con respecto al referido cambio de criterio para la imposición de costas procesales el H. Consejo de Estado ha desarrollado una línea jurisprudencial pacífica, en el sentido de advertir que si bien el fundamento la imposición de costas ha variado a razones de índole meramente objetivo, es necesario que en los términos del precitado numeral 8º del artículo 365 del CGP se comprueba para su imposición que “en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”. En efecto, la aludida corporación⁷ ha señalado:

“[E]sta Subsección..., varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” —CCA— a uno “objetivo valorativo” —CPACA—.

b) Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sentencia 12 de abril de 2018. C. P. William Hernández Gómez Radicado: 05001233300020120043902 (01782017).

fe o temeridad de las partes.

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.”

De lo expuesto se concluye que, aunque el criterio para condenar en costas sea objetivo, este también debe ser valorativo, lo que impone al operador judicial el deber de precisar los motivos por los cuales considera que procede la condena en costas, es decir, por qué aduce que se causaron las mismas. Análisis que fue realizado en la providencia de primera instancia, al indicar que *“se ha accedido a las pretensiones y se tiene acreditada que la parte demandante desplegó actuación por intermedio de su apoderado judicial”*.

De acuerdo al análisis precedente, a la redacción del artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y al estar cumplido el criterio objetivo valorativo, se confirmará la condena en costas y agencias en derecho impuestas en primera instancia.

6. Costas en esta instancia.

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

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

III. RESUELVE:

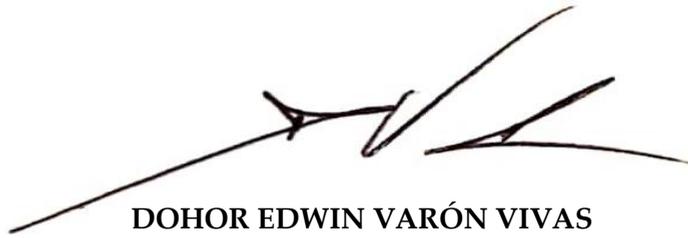
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 23 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María del Carmen Arias Gómez contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Salva voto parcialmente)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 129

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-39-006-2020-00213-02
Naturaleza: Nulidad
Demandante: Industrias Metálicas El Vaquero S.A.S.
Demandado: Municipio de Manizales

Se emite fallo con ocasión al recurso de apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. Demanda

Se solicitó se declare la nulidad del artículo primero del Decreto 233 de 2001, "*Por medio del cual se prohíbe la producción, fabricación, manipulación, uso, comercialización y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales y se dictan otras disposiciones*", expedido por el alcalde del municipio de Manizales, que dispuso:

"ARTICULO PRIMERO: prohíbase en el municipio de Manizales la producción, fabricación, manipulación, uso, comercialización y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que contengan fósforo blanco. Para los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco se prohíbe el uso y la distribución".

Se invocaron como vulnerados los artículos 6, 25, 84, 121, 150, 189, 315 y 333 de Constitución Política; Leyes y Decretos. Artículo 4 de la ley 670 de 2001 Artículos 29 y 30 de la ley 1801 de 2016 Artículo 29 de la ley 1551 de 2012. Artículo 4 del decreto 4481 de 2006, para lo cual señaló en síntesis que:

-. El artículo primero del Decreto 233 de 2001 fue expedido sin competencia: indicó que el alcalde no puede restringir derechos particulares y o prohibir el uso o manipulación de artículos pirotécnico y fuegos artificiales, pues la Ley 670 de 2001, confirió el poder a los alcaldes, en cuanto a la actividad de pirotecnia, para que garanticen las medidas de seguridad

a través de la prevención, pero en ningún momento los habilitó para prohibir estas actividades. Que el Presidente de la Republica ejerciendo sus funciones como máxima autoridad administrativa mediante el Decreto 4481 de 2006 reglamentó la Ley 670 de 2001, estableciendo requisitos para la distribución y venta de productos pirotécnicos con la previa autorización de los Alcaldes Municipales; es decir, el mismo Decreto reglamentario determinó cuáles deben ser los requisitos de autorización por parte de los Alcaldes para permitir el desarrollo de la actividad, sin facultar a los primeros mandatarios municipales para que puedan prohibir la venta de estos productos.

-. El artículo primero del Decreto 233 de 2001, fue expedido con infracción en las normas en que debía fundarse, pues de conformidad con la sentencia C-790 de 2002 de la Corte Constitucional, la Ley 670, señaló expresamente los casos en los que no se permitía la venta, uso, distribución y comercialización de productos pirotécnicos y el Decreto 4481 de 2006, solo prohibió el uso de artículos pirotécnicos a mayores de edad, cuando estos se encuentran en estado de embriaguez, por lo cual es ilegal la prohibición decretada por el Alcalde de Manizales. Expuso que, en virtud del principio de legalidad, cada actividad del Estado debe estar fundada en las reglas superiores de derecho

2. La contestación de la demanda

El **Municipio de Manizales** se opuso a las pretensiones del demandante. Señaló que, el actuar del ente territorial ha estado soportado en la legalidad y competencia para la expedición de la norma acusada.

Sostuvo que, el uso y distribución de fuegos pirotécnicos es considerado una actividad peligrosa tanto para adultos como para menores de edad, razón por la cual se tomó la decisión de restringir el uso de estos elementos y con base el artículo 44 de la Constitución, se expidió la Ley 670 de 2001 la cual fue reglamentada a través del Decreto 4481 de 2006.

Que de acuerdo a la normatividad citada y en la sentencia C-790 de 2002, se deja en cabeza de los alcaldes municipales, las autorizaciones relacionadas con los juegos pirotécnicos, estando la prohibición inmersa en la citada norma, por ello el alcalde de Manizales en aras de garantizar el orden público y la protección de los ciudadanos en especial de los menores, es que se toma la medida objeto de debate judicial.

En línea con los argumentos reseñados propuso la excepción de mérito que tituló "*La Presunción de legalidad de los actos atacados*".

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **accedió a las pretensiones** del demandante, por lo que declaró la nulidad parcial del artículo 1º del Decreto 233 de 2001 expedido por el Alcalde de Manizales, en lo que corresponde al siguiente aparte "*...Para los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fosforo blanco se prohíbe el uso y la distribución*".

Para fundamentar lo anterior señaló que, el Alcalde carece de competencia para limitar o restringir el uso y distribución de artículos pirotécnicos que contengan fosforo blanco, pues de lo establecido en artículo 4° de la ley 670 de 2001, se deduce claramente que, su facultad consiste en permitir el uso y distribución de éstos para prevenir incendios o situaciones de peligro, facultad que le es otorgada por ser la máxima autoridad de policía, correspondiéndole, entre otros, conservar el orden público interno, el cual resulta de la eliminación y prevención de cualquier perturbación a la seguridad y salubridad pública, graduándolos en las categorías consagradas en la misma ley.

4. Recurso de apelación

El **Municipio de Manizales** solicitó revocar la decisión, para lo cual señaló que, la Ley 670 de 2001, reglamentada por el Decreto 4481 de 2006 crea una prohibición específica para la producción, fabricación, manipulación, uso o comercialización de elementos pirotécnicos y fuegos artificiales que contengan fosforo blanco, y genera una clara restricción para el uso y manipulación de otros elementos pirotécnicos para los menores de edad y personas en estado de embriaguez.

En virtud de esas normas, considera lógica la facultad de los gobernadores y alcaldes en ejercicio de las actividades de inspección y vigilancia, para regular mediante normas, el uso y comercialización de elementos pirotécnicos y fuegos artificiales cuya manipulación genere un riesgo para la salud, la vida y la integridad personal de los habitantes.

Indicó que, desde la perspectiva de la salud pública y la vigilancia epidemiológica, el riesgo para la salud y la vida, en materia de uso y manipulación de elementos pirotécnicos o fuegos artificiales, no se deriva únicamente del uso de elementos que contengan fosforo blanco, sino también, del uso y manipulación de elementos pirotécnicos y fuegos artificiales que no contienen fosforo blanco.

Finalmente, luego de un análisis estadístico acerca de quemados en la ciudad, señaló que, la restricción del uso y distribución de elementos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fosforo blanco, establecida en el artículo 1 del Decreto 233 de 2001, constituye una herramienta jurídica eficaz, para prevenir los daños a la salud, a la vida o a la integridad de los habitantes del municipio.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Vista la sentencia recurrida y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, el asunto jurídico a resolver se centra en dilucidar el siguiente cuestionamiento: *¿Se encuentra viciado de nulidad, el artículo primero del Decreto 233 de 2001, en el aparte que prohíbe el uso y la distribución de los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fosforo blanco, por haber sido*

expedido con infracción de las normas en que debía fundarse?

2. Tesis del Tribunal

El aparte del artículo primero del Decreto 233 de 2001, mediante el cual se prohibió en el municipio de Manizales el uso y distribución de los artículos pirotécnicos y fuegos artificiales que no contengan fosforo blanco, se encuentra viciado de nulidad por infracción de las normas en que debía fundarse, teniendo en cuenta que, ni la Ley 670 de 2001, ni el Decreto 4481 de 2006 prohíben las actividades de uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco; y tampoco facultaron al alcalde para prohibir en forma general dichas actividades, pues su facultad como máxima autoridad de policía en el municipio, consiste en decidir si permite o autoriza el uso y distribución de éstos, previa solicitud del interesado, estableciendo las condiciones de seguridad.

Para sustentar la tesis se abordará: *i) Régimen jurídico del uso de la pirotecnia y fuegos artificiales y ii) Análisis del caso concreto*

3. Régimen jurídico del uso de pirotecnia y fuegos artificiales

El legislador expidió la Ley 670 de 2001, *“Por medio de la cual se desarrolla parcialmente el artículo 44 de la Constitución Política para garantizar la vida, la integridad física y la recreación del niño expuesto al riesgo por el manejo de artículos pirotécnicos o explosivos”* en la cual, señalan las condiciones mediante las cuales se puede desarrollar la actividad pirotécnica; así por ejemplo, la ley prohíbe en todo el territorio nacional la venta de dichos artículos a menores de edad y a personas en estado de embriaguez (art. 7°); prohíbe totalmente la producción o fabricación, la manipulación o uso y la comercialización de artículos pirotécnicos y fuegos artificiales que contengan fósforo blanco, so pena de sanciones pecuniarias (art. 8°); dispone sancionar a los adultos que permitan o induzcan a los menores de edad a manipular o usar artículos pirotécnicos, fuegos artificiales o globos (arts. 10° y 11°); exige que quienes trabajen en la fabricación de estos elementos sean mayores de edad y posean un *carnet* vigente expedido por las alcaldías respectivas (art. 13°); sanciona pecuniariamente a los representantes legales del menor afectado por quemaduras ocasionadas por el uso de esos elementos o a quienes se les encontrase responsables, por acción o por omisión, de la conducta de aquél (art. 14°); y, exige que tales artículos lleven una publicidad sobre la necesidad de usarlos con implementos aptos para la manipulación y las prohibiciones de la ley, como la venta a menores, grado de toxicidad y peligrosidad (art. 15°).

Específicamente, sobre las competencias de autoridades locales, la referida ley dispuso:

“Artículo 4. Los alcaldes municipales y distritales podrán permitir el uso y la distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales estableciendo las condiciones de seguridad, que determinen técnicamente las autoridades o cuerpos de bomberos para prevenir incendios o situaciones de peligro, graduando en las siguientes categorías los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales:

Categoría uno. *Pertenecen a esta categoría los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que presentan un riesgo muy reducido y han sido diseñados y fabricados para ser utilizados en áreas confinadas como construcciones residenciales, incluyendo el interior de edificios y viviendas. En su producción o fabricación no puede usarse la pólvora, ni cloratos, ni percloratos. Estos artículos pueden ser distribuidos o comercializados en almacenes por departamentos, mercados, supermercados o hipermercados.*

Categoría dos. *Pertenecen a esta categoría los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que presenten riesgo moderado de manera que puedan usarse en áreas relativamente confinadas. Estos artículos pueden ser distribuidos o comercializados en espacios abiertos de almacenes por departamentos, mercados, supermercados o hipermercados.*

Para su expendio o comercialización deben especificarse las condiciones de su adecuado uso o aprovechamiento con etiquetas visibles y con previsión de peligro.

Categoría tres. *Pertenecen a esta categoría los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que representan mayores riesgos y cuyo uso solo es posible en grandes espacios abiertos y como espectáculos públicos. Para su uso y aprovechamiento con fines recreativos se requiere ser experto o técnico especialista de reconocida trayectoria y pertenecer a empresas cuya fabricación o producción esté autorizada por el Ministerio de Defensa Nacional.*

Los alcaldes municipales y distritales podrán autorizar dichos espectáculos públicos a través de los cuerpos de bomberos o unidades especializadas, quienes determinarán los sitios autorizados y las condiciones técnicas que se requieran.

Parágrafo. *Para la determinación de la clase de fuegos artificiales que correspondan a cada una de las categorías anteriores, las autoridades tendrán en cuenta la clasificación que sobre el particular establezca el Instituto Colombiano de Normas Técnicas, Icontec o la entidad que haga sus veces”.*

La Corte Constitucional en sentencia C-790 de 2002¹ declaró que, las expresiones, del artículo 4 de la Ley 670 de 2001, “Los alcaldes municipales y distritales podrán permitir el uso y la distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales” y “graduando en las siguientes categorías” se ajustaban al ordenamiento, habida cuenta que, no violaban los principios de República unitaria, de unidad de materia, de propiedad o de libertad de empresa, así:

“En efecto, la habilitación que consagran los segmentos normativos impugnados del artículo 4° de la Ley 670 de 2001 no implica una atribución para que los alcaldes distritales y municipales motu proprio regulen la actividad pirotécnica expidiendo un reglamento mediante el cual puedan restringir libertades ciudadanas, pues es claro que tal facultad se otorgó para que esas autoridades administrativas realicen la gestión

¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

administrativa que concrete el poder de policía que ha sido ejercido directamente por el legislador, otorgando, de acuerdo con la ley, los permisos respectivos, una vez hayan graduado en las categorías correspondientes los artículos pirotécnicos y fuegos artificiales, teniendo en cuenta la clasificación del Icontec o quien haga sus veces.

*Es decir, que la habilitación que confiere el legislador a **las autoridades locales en los segmentos acusados** está orientada a que ellas realicen una gestión concreta y preventiva propia de la función de policía, consistente en otorgar los permisos correspondientes previos al uso y la distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales. En este sentido, conviene tener presente que el Código Nacional de Policía establece que cuando la ley o el reglamento de policía subordine el ejercicio de una actividad a ciertas condiciones o al cumplimiento de determinados requisitos, dicha actividad no podrá ejercerse sino mediante el correspondiente permiso otorgado previa la comprobación de aquellas o el cumplimiento de estos (art. 15 CNP) y además dispone que la ley o el reglamento debe señalar el funcionario que debe conceder un permiso (art.17 CNP). En este caso, la Ley 670 de 2001 atribuyó esta competencia a los alcaldes municipales y distritales por ser ellos la primera autoridad de policía del municipio y además por ser los responsables de conservar el orden público en su localidad de conformidad con la ley (CP art. 315-2), concepto que comprende la garantía de la seguridad, la tranquilidad y la salubridad públicas.*

...

*En conclusión, siendo esta **la gestión de policía que compete a los alcaldes, en los términos de los segmentos acusados, no puede considerarse que a dichas autoridades se les haya habilitado para limitar derechos y prohibir la actividad comercial pirotécnica**, y menos aún puede pensarse que mediante los apartes impugnados del artículo 4° de la Ley 670 de 2001 el legislador está despojando al Presidente de la República del ejercicio de la facultad reglamentaria que le confiere el artículo 189-11 Superior, razón por la cual no se viola ésta disposición constitucional". (Se resalta)*

El Presidente de la República, mediante el Decreto 4481 de 2006 reglamentó la Ley 670 de 2001, y en cuanto a las facultades de los alcaldes señaló:

“Artículo 4°. Autorización y requisitos. La distribución, venta y uso de pólvora, artículos pirotécnicos o fuegos artificiales requiere previa autorización de los alcaldes municipales o distritales de conformidad con lo dispuesto en la Ley 678 de 2001.

*Los alcaldes municipales y distritales **expedirán la autorización de que trata el inciso anterior, previa solicitud del interesado**, tomando en cuenta especialmente:*

- a) El Personal debe ser mayor de edad, con conocimientos técnicos o experiencia en el manejo de pólvora, artículos pirotécnicos o fuegos artificiales, y dotado de un carné vigente expedido por las alcaldías municipales o distritales;*
- b) La delimitación de zonas, fechas y horarios dentro de las cuales podrá realizarse la distribución, venta o uso y de las condiciones para ello;*

- c) *Cuando se trate de espectáculos o demostraciones públicas, la determinación de áreas donde estará restringido el acceso de espectadores y no puede haber edificaciones, vías públicas, líneas telefónicas o postes de energía, en las distancias que establezca el alcalde municipal o distrital según lo dispuesto por los cuerpos de bomberos o unidades especializadas;*
- d) *La exigencia de condiciones de seguridad y medidas de protección contra incendios, para el transporte, almacenamiento, distribución, venta, y uso, según lo dispuesto por los cuerpos de bomberos o unidades especializadas;*
- e) *La fijación de requerimientos especiales cuando la demostración se efectúe en un medio de transporte;*
- f) *Las demás que considere pertinentes el alcalde municipal o distrital”.*

4. Análisis sustancial del caso concreto

De conformidad con el marco jurídico expuesto y la posición de las partes, encuentra la Sala que, la Ley 670 de 2001, en el artículo 4, estableció que: “(...) *Los alcaldes municipales y distritales podrán permitir el uso y la distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales estableciendo las condiciones de seguridad, que determinen técnicamente las autoridades o cuerpos de bomberos para prevenir incendios o situaciones de peligro (...)*” (se destaca)

La Corte Constitucional en la Sentencia C-790 de 2002² precisó que, la gestión de policía que compete a los alcaldes, en los términos del artículo 4 de la Ley 670 de 2001, “*está orientada a que ellas realicen una gestión concreta y preventiva propia de la función de policía, consistente en otorgar los permisos correspondientes previos al uso y la distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales*” y que “*no puede considerarse que a dichas autoridades se les haya habilitado para limitar derechos y prohibir la actividad comercial pirotécnica*”.

El Presidente de la República mediante el Decreto 4481 de 2006 teniendo en cuenta la referida sentencia, reglamentó la Ley 670 de 2001, y en el artículo 4 señaló: “*La distribución, venta y uso de pólvora, artículos pirotécnicos o fuegos artificiales requiere previa autorización de los alcaldes municipales o distritales de conformidad con lo dispuesto en la Ley 678 de 2001.*”

De acuerdo con lo expuesto es claro que, el alcalde en ejercicio del poder de policía, está facultado para permitir o autorizar el uso y la distribución de los artículos pirotécnicos, estableciendo las condiciones de seguridad que determinen técnicamente las autoridades o cuerpos de bomberos para prevenir situaciones de peligro, para lo cual debe graduar los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales en unas categorías de conformidad con la clasificación que al efecto establezca el Icontec, como lo es la Norma Técnica NTC 5045.

En el caso concreto, el alcalde del municipio de Manizales, emitió el Decreto 233 de 2001, “*Por medio del cual se prohíbe la producción, fabricación, manipulación, uso, comercialización y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales y se dictan otras disposiciones*”³, y en el

² M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³ A.D. “004Decreto233de2001”

artículo primero, objeto de la demanda, dispuso:

“ARTICULO PRIMERO: ... Para los artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco se prohíbe el uso y la distribución.”

La Sala, de acuerdo con la normatividad y la sentencia de la Corte Constitucional antes transcrita, evidencia que, las actividades de uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco, no están prohibidas por la ley, y el Alcalde no está facultado para establecer dicha prohibición en forma absoluta y general, pues su facultad como máxima autoridad de policía en el municipio, consiste en decidir si permite o autoriza el uso y distribución de éstos, previa solicitud del interesado, estableciendo las condiciones de seguridad.

Por lo tanto, la nulidad del referido aparte del artículo 1º el Decreto 233 de 2001 emitido por el Alcalde de Manizales, es evidente, por la infracción de las normas en que debía fundarse, tal como lo señaló el *a quo*.

Lo anterior no significa que, ante dicha nulidad deba entenderse permitidas, automáticamente las actividades de uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco, en el municipio de Manizales, pues claramente la Ley 670 de 2001 establece que, los alcaldes *“podrán permitir el uso y la distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales estableciendo las condiciones de seguridad/”* y el Decreto 4481 de 2006 precisa que, la distribución, venta y uso de pólvora, artículos pirotécnicos o fuegos artificiales requiere autorización de los alcaldes, previa solicitud del interesado.

El verbo en futuro simple *“podrán”* empleado en la Ley 670 de 2001, que viene del verbo infinitivo *“poder”*, significa, según la Real Academia de la Lengua: *“Tener expedita la facultad o potencia de hacer algo”*⁴, lo cual implica que la ley otorgó al Alcalde el poder discrecional de conceder o no los permisos.

Al respecto, Consejo de Estado, en un caso similar señaló que:

“(...) al tenor literal del artículo 4º de la Ley 670 de 2001 se deduce, como lo señala el Tribunal Administrativo de Santander, que el uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales es una atribución facultativa y discrecional de los Alcaldes Municipales y Distritales; de ahí que el inciso primero del artículo 4º transcrito emplee la expresión “podrán” y no el imperativo “deberán”.

Es así como el tribunal accionado, a la luz de esta disposición y de la sentencia de constitucionalidad, señaló con claridad que los alcaldes municipales, frente al uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales podrían ejercer la función o gestión administrativa de policía en los siguientes términos: (i)no permitir la distribución y uso de cualquier fuego

⁴ <https://dle.rae.es/poder>

artificial; (ii) permitir la distribución sólo de determinados fuegos artificiales, o (iii) regular la distribución y uso de todos los fuegos artificiales en los términos consagrados en la Ley 670 de 2001; y en este caso el Alcalde del municipio de Bucaramanga optó por la primera de tales alternativas”,⁵

5. Conclusión

Los argumentos expuestos por la parte recurrente no son de recibo, toda vez que, ni la Ley 670 de 2001, ni el Decreto 4481 de 2006 prohíben las actividades de uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco; y tampoco facultaron al alcalde para prohibir en forma absoluta y general dichas actividades, pues su facultad como máxima autoridad de policía en el municipio, consiste en decidir si permite o autoriza el uso y distribución de éstos, previa solicitud del interesado, estableciendo las condiciones de seguridad.

En consecuencia, se confirmará la decisión apelada.

3. Costas

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas de segunda instancia, ello teniendo en cuenta que se trata de un asunto que se ventila el interés público en general y, se observa que los sujetos no incurrieron en gastos procesales en esta instancia.

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

RESUELVE

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 27 de enero de 2022 por el Juzgado Sexto Administrativo de Manizales, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones formuladas en el ejercicio medio de control de nulidad promovido por Industrias Metálicas El Vaquero SAS contra el Municipio de Manizales.

Segundo: Se precisa que, lo anterior no significa que, deban entenderse permitidas, automáticamente las actividades de uso y distribución de artículos pirotécnicos o fuegos artificiales que no contengan fósforo blanco en el municipio de Manizales.

Tercero: Sin costas.

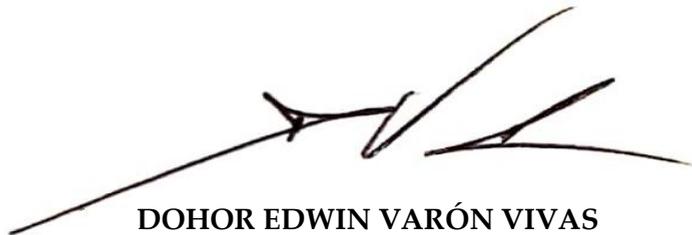
Cuarto: Ejecutoriada esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Sentencia del 25 de enero de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2018-04526-00(AC)

anotación en el Sistema "*Justicia Siglo XXI*."

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-33-004-2020-00227-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de MAYO de dos mil veintidós (2022)

S. 068

La Sala 4ª de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor RUDI JOSÉ GALEANO RAMOS, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Se declare la nulidad del acto ficto originado con la petición presentada el 2 de julio de 2019, con la cual la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicitó:

- i) Declarar que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional - prima de mitad de año, a partir del 21 de mayo de 2014, por ser pensionado del FNPSM y no ser beneficiario de la pensión gracia.

- ii) Ordenar la indexación de las sumas de dinero que fueren reconocidas.
- iii) Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos 192 y siguientes del C/CA.
- iv) Que se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI

- Refirió que el demandante fue vinculado por primera vez como docente oficial, con posterioridad al 1° de enero de 1981, por lo que no tiene derecho a la UGPP reconozca a su favor la pensión gracia.
- Con Resolución N° 6090-6 del 16 de septiembre de 2014, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, reconoció una pensión de jubilación a favor del demandante.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulnerados:

- Artículo 15 de la Ley 91 de 1989.
- Sentencia de Unificación SUJ-014-CE-S2-2019.

Como concepto de la violación se expresa, en suma:

- ✓ La prima de mitad de año fue creada por el legislador para aquellos docentes que no fueron beneficiarios de la pensión gracia a modo de compensación, por lo que su reconocimiento es una garantía irredimible y una obligación a cargo del Estado.
- ✓ El derecho solicitado fue establecido con anterioridad al reconocimiento de la mesada en la Ley 100 de 1993, pues ya existía para los docentes del

Magisterio que fueron vinculados con después de 1981, equivalente a una mesada pensional a partir de la adquisición del derecho (Ley 91 de 1989).

CONTESTACIÓN DEL LIBELO DEMANDADOR

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**, con escrito obrante en 5 páginas (PDFN°7), se opuso a la prosperidad de las pretensiones de el demandante, y propuso los medios exceptivos que denominó: **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO DEBIDO’**, en atención a que las actuaciones surtidas por la entidad no han pretendido atentar contra los derechos del demandante, y se han ajustado a los lineamientos legales y jurisprudenciales; y **‘LA GENÉRICA’**.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales, en desarrollo de la audiencia inicial llevada a cabo el 23 de septiembre de 2021, dictó sentencia negando las pretensiones de la demanda en los términos que pasan a compendiarse /PDF N° 14/.

En primer lugar, estableció que el problema jurídico se circunscribía a determinar si le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año prevista en la numeral 2º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, por no haber alcanzado el derecho al reconocimiento de una pensión gracia.

A continuación, se remitió a los artículos 142 de la Ley 100 de 1993 y 15 de la Ley 91 de 1989, al Acto Legislativo 01 de 2005 y pronunciamientos realizados por la Sala de Consulta de Servicio Civil del H. Consejo de Estado para concluir que el Acto Legislativo 01 de 2005 extinguió el derecho de la mesada de mitad de año, tanto para el régimen general como para los regímenes especiales como

una medida para garantizar la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social.

Finalmente, al abordar el caso concreto, explicó que el demandante es beneficiario de una pensión de jubilación que fue reconocida con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que no tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de mitad de año.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

Mediante memorial visible en el PDF N° 16 del expediente digitalizado, el apoderado del demandante solicitó revocar la sentencia de primer grado de conformidad con los argumentos que pasan a compendiarse.

Explicó que le fue reconocida una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 91 de 1989 y la Ley 33 de 1985; y que, toda vez que los docentes carecen de un régimen especial de pensiones, se les debe aplicar la Ley 33 de 1985 para los vinculados con anterioridad a la Ley 812 de 2009, y la Ley 100 de 1993 para los vinculados con posterioridad a la misma.

Precisó que la mesada adicional pretendida es aquella prevista en el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, que creó dicho beneficio a modo de compensación para aquellos docentes que no reunieron los requisitos para ser beneficiarios de una pensión gracia; y que tal beneficio dista de la mesada de medio año creada por el artículo 142 de la Ley 100 de 1993.

Prosiguió refiriéndose a la Sentencia C-409 de 1994 emanada de la H. Corte Constitucional, y concluyó que si bien la Ley 238 de 1995 hizo extensiva la mesada adicional del sistema general en pensiones a los grupos de docentes de los regímenes exceptuados, ello no significó que su hubiera modificado su régimen especial, y por ello, considera, debe darse estricta aplicación a lo allí dispuesto, máxime cuando se encuentra plenamente vigente.

Finalmente, refirió que el demandante acudió a la jurisdicción con la firme convicción de que existe una vulneración a sus garantías constitucionales y

legales, por lo que, en caso de ser vencida en juicio, una eventual condena en costas resultaría injusta, acudiendo además a la reforma introducida al artículo 188 del C/CA por la Ley 2080 de 2021.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora, por modo principal, la nulidad del acto administrativo con el cual la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS negó al demandante el reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año, y en consecuencia, se proceda a ordenar el reconocimiento de dicha prestación.

PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con los planteamientos esbozados por la entidad apelante, el problema jurídico a desatar se contrae a siguiente cuestionamiento:

- *¿Cumple el demandante con los presupuestos legales para acceder al reconocimiento y pago de la mesada adicional de mitad de año?*
- *¿Amerita ser revocada la condena en costas impuesta en primera instancia?*

**(I)
MARCO JURÍDICO DE LA
MESADA ADICIONAL**

La Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magistrado”, estableció en el artículo 15 las disposiciones que regirían al personal docente nacional y nacionalizado, que se vinculara con posterioridad al 1º de enero de 1990, entre ellas, aquella contenida en el literal (b) del numeral 2, que reza:

“

(...)

Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. **Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional**”. /Resalta la Sala/

Más adelante, la mesada adicional de mitad de año pagadera en el mes de junio, conocida como mesada 14, fue estatuida por la Ley 100 de 1993, que en su artículo 142 dispuso:

“ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS. Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, (...), tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

(...)

PARÁGRAFO. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda de quince (15) veces el salario mínimo legal mensual.”

Más adelante, el artículo 279 de la misma norma dispuso que estarían exceptuados del régimen prestacional allí previsto “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”.

Posteriormente la Ley 238 de 1995 adicionó el referido artículo 279 de la Ley 100 de 1993, e hizo extensivos los beneficios consagrados en los artículos 14 y 142 de la misma norma, a los regímenes exceptuados del Sistema General de Seguridad Social.

La modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005

El Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución, dispuso:

“El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”.

(...)

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

(...)

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

(...)

"Parágrafo 1o. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Parágrafo 2o. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Parágrafo transitorio 1o. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el

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

(...)

"Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Ahora, en punto a la aplicabilidad del Acto Legislativo 01 de 2005 sobre los regímenes especiales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del H. Consejo de Estado, en concepto de 22 de noviembre de 2007 concluyó:

“

(...) la mesada pensional no dejó de ser un beneficio del régimen general de pensiones, pero tampoco fue incluida como parte de los beneficios de los regímenes especiales ni de los expresamente relacionados en el artículo 279 de la ley 100 de 1993; en rigor, la ley 238 lo que hizo fue introducir una excepción muy particular a la excepción general, consistente en permitir que un beneficio regulado para los pensionados bajo el régimen general pudiera ser aplicado a quienes por estar sujetos a regímenes especiales de pensión, no podían ser destinatarios de dicho beneficio.

Conservándose como parte del sistema general, la derogatoria de la mesada pensional en la forma como quedó dispuesta por el inciso octavo del artículo 1° del Acto Legislativo No. 01 del 2005, aplica a todos los pensionados, incluidos los docentes oficiales, como se expone a continuación.

(...)

De manera que, a partir del 25 de julio del 2005, fecha en la cual se publicó el Acto Legislativo No. 01 del 2005, las personas que adquieran el derecho a la pensión recibirán un máximo de trece mesadas al año, con la excepción establecida en el párrafo 6° transitorio, que, evidentemente, también está restringida en el tiempo y en sus destinatarios.

Entonces, los docentes oficiales que causen su derecho a la pensión de jubilación o de vejez a partir del 25 de julio del 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 01 del 2005, no podrán recibir la mesada adicional del mes de junio creada por el artículo 142 de la ley 100 de 1993; con la salvedad del párrafo transitorio 6° del mencionado acto legislativo.

(...)”

Por lo anterior, y contrario a lo manifestado por la parte demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 tuvo como propósito contribuir a la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **mediante la unificación de regímenes pensionales**, y la imposición de prohibiciones en punto a los límites en los montos pensionales y al número de mesadas devengadas por los beneficiarios en un año. No obstante, el párrafo transitorio 6°, introdujo una excepción a esta última limitación, aclarando que recibirán 14 mesadas al año

quienes sean beneficiarios de una pensión igual o inferior a 3 SMMLV, siempre que esta se haya causado antes del 31 de julio de 2011.

Lo anterior permite a esta Sala de Decisión concluir que **no procede** el reconocimiento de la mesada adicional o mesada 14:

- Para quienes adquieran el derecho a la pensión con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, al 25 de julio de 2005;
- Cuando la cuantía de la pensión reconocida supere los 3 SMMLV; y
- Para quienes causen el derecho pensional con posterioridad al 31 de julio de 2011.

(III)

EL CASO CONCRETO

En el expediente fue acreditado que:

- Con Resolución N° 6090-6 de 18 de septiembre de 2014, al señor RUDI JOSÉ GALEANO RAMOS le fue reconocida una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de \$3'329.509, a partir del 22 de mayo 2014;
- Mediante ficto acto ficto, originado con la petición presentada el 2 de julio de 2019, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas negó el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a la parte demandante.

Atendiendo a tales situaciones y a lo que es materia de reproche frente a la decisión de primera instancia, se permite esta Sala Plural concluir que:

- El demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.
- La cuantía de la pensión reconocida a supera el límite máximo de 3 SMMLV, así

CUANTÍA	SMMLV FECHA DE ESTATUS PENSIÓN	MONTO MÁXIMO
\$3'329.509	(2014) \$616.000	\$1'848.000

Así las cosas, es diáfano para la Sala de Decisión que en el presente asunto no se dan los presupuestos legales para el reconocimiento y pago de la prima de mitad de año a favor del demandante, en razón, no sólo a que la adquisición del status pensional se dio en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, sino que a ello se suma que el monto de la pensión de jubilación que le fue reconocida supera el monto equivalente a 3 SMMLV.

Colofón de lo expuesto, esta Sala Plural considera que la accionante no reúne los requisitos necesarios para acceder a la prestación pretendida, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia impugnada.

(II)

**SOBRE LA CONDENA EN COSTAS
EN PRIMERA INSTANCIA**

Reprocha también la parte actora la condena en costas dispuesta en primera instancia, aludiendo básicamente que esta preceptiva no se halla ajustada a derecho, en tanto al acudir ante esta jurisdicción especializada, lo hizo en procura de su defensa de sus derechos, por lo que su propósito con la demanda, lejos de congestionar el aparato judicial, fue obtener la protección de sus prerrogativas.

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 ese orden, el Tribunal no evidencia que la demanda presentada esté desprovista por completo de fundamento legal, pues se basa en una postura legal y jurisprudencial enmarcada en argumentos razonables, al margen de que las pretensiones de la parte actora hayan sido desestimadas, lo que no ha de equipararse de manera inmediata a la absoluta carencia de fundamento jurídico. Por ende, y teniendo en cuenta que el juez de primera instancia tampoco precisó o indicó estar ante el supuesto normativo descrito, atendiendo la vigente norma sobre este particular, conlleva la revocatoria del ordinal 6° de la sentencia apelada, en cuando dispuso la condena en costas contra la parte demandante en primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

No habrá condena en costas ni agencias en derecho en segunda instancia, por no darse los supuestos previstos en los numerales 3 y 4 del canon 365 del C.G.P.

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

FALLA

REVÓCASE el ordinal 3° de la sentencia emanada del Juzgado 4° Administrativo de Manizales, con la cual se negaron las pretensiones formuladas por el señor **RUDI JOSÉ GALEANO RAMOS**, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM-**.

CONFÍRMASE en lo demás el fallo apelado.

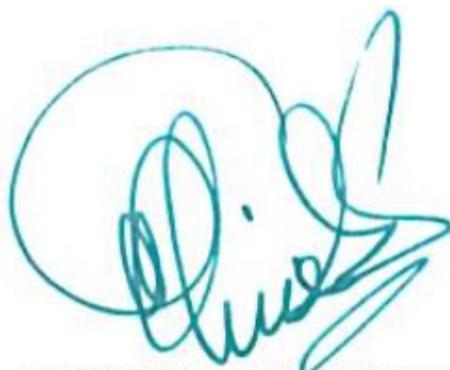
SIN COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia.

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

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

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°024 de 2021.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-33-33-004-2021-00016-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 187

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **LUIS ENRIQUE OROZCO RAMÍREZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

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

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

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

¹ Ley 1437 de 2011.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por el señor **LUIS ENRIQUE OROZCO RAMÍREZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

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

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

17001-33-33-004-2021-00019-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

A.I. 188

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIA ISABEL CORREDOR SÁNCHEZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

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

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

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la parte demandada, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y**

¹ Ley 1437 de 2011.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por la señora **MARIA ISABEL CORREDOR SÁNCHEZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público, y por estado electrónico a las partes.

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

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 135

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-33-33-004-2021-00053-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Edgar Torres Castillo
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM)

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda.

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado frente a la reclamación realizada el 27 de agosto de 2020, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 19 de febrero de 2020 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 1038-6 del 9 de marzo de 2020 y pagada el 13 de julio de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió

negativamente en forma ficta las peticiones presentadas.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

La **Nación – Ministerio de Educación** se opuso a las pretensiones de la parte demandante y en cuanto a los hechos negó los referentes a la mora en el pago de las cesantías y el valor de la sanción moratoria.

Propuso las excepciones de: *“Falta de integración del litis consorcio necesario”, “inepta demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva por ser responsabilidad del Departamento de Caldas”;* *“inepta demanda por indebido agotamiento del requisito de procedibilidad y genérica”.*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada; declaró la nulidad del acto presunto por medio del cual se negó acceder al pago de la sanción moratoria de que trata la Ley 1071 de 2006, derivados de la falta de respuesta a la petición presentada y ordenó a la demandada que reconozca y cancele a la parte demandante un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías reconocidas, entre el 29 de mayo al 12 de julio de 2020 y sobre el salario percibido por la demandante mientras se produjo la mora, esto es 2020., liquidada con base en el promedio de salario devengado por la demandante en 2019 y ordenó su indexación a partir del día siguiente en que cesó la causación de la sanción hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia.

Esto por cuanto, vista la fecha de la petición de reconocimiento de cesantías, si bien el Ministerio de Educación Nacional, resolvió la petición de reconocimiento de manera oportuna, no sucedió lo mismo con el pago, el cual se realizó por fuera de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006. Y comparadas las fechas de pago de la prestación (13 de julio de 2020) con el día en que dicho pago se debió efectuar (28 de mayo de 2020), se

deduce que la demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora en el pago de sus cesantías.

4. Recurso de apelación

La **demandada** solicitó revocar la sentencia por cuanto, no se integró el litisconsorcio necesario, para este efecto la Secretaria de Educación Municipal de acuerdo a lo ordenado en el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 y a continuación transcribió el fundamento jurídico invocado en la contestación de la demanda.

Frente a la indexación señaló que, el Consejo de Estado en sentencias de la Sección Segunda, Subsecciones A y B, a saber, las proferidas dentro de los expedientes con radicado No. 73001-23-33-000-2014- 00767-01(0920-16) y, 08001-23-31-000-2011-00826-01(4025-14), aclaró que no procede el reconocimiento de indexación o actualización de la indemnización moratoria.

Por todo lo expuesto solicitó revocar la sentencia de primera instancia en el sentido de vincular a la entidad territorial y determinar la responsabilidad de la misma en el pago de la sanción moratoria en los términos de la Ley artículo 57 de la ley 1955 de 2019. Así mismo no condenar en costas a la entidad.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia y procedencia

Conforme al artículo 153 del CPACA¹, es competente el Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante. Además es procedente, por cuanto: “*Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces*”, en virtud a lo dispuesto por el artículo 243 Ibidem.

2. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centra en establecer: *¿la entidad demandada se encontraba legitimada por pasiva frente a la demanda formulada para reclamar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, y o existe un litisconsorcio necesario conformado con la secretaria de educación territorial?*

¿Procedía la indexación de la sanción moratoria?

3. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí se encuentra legitimada por pasiva frente a la demanda formulada por la docente para reclamar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías; además, no existe un litisconsorcio necesario conformado con la secretaria de educación territorial.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

3.2. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria e inexistencia de un litisconsorcio necesario

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado² sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019³ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

³ *Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.*

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO . La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO . Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por lo tanto queda claro que, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag sí se encuentra legitimada por pasiva frente a la demanda formulada por la docente para reclamar el pago

de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

Ahora, en cuanto a la existencia de un litisconsorcio necesario entre la Secretaría de Educación de territorial y el Fomag, el artículo 61 del Código General del Proceso – CGP señala que: *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse **de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito** sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado...”*. (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, la figura procesal del litisconsorcio tiene como finalidad esencial la debida integración del contradictorio en los procesos, atendiendo a criterios básicos de economía procesal o de mérito para resolver la controversia, siendo su fundamento la necesidad de fallar de manera uniforme respecto de relaciones jurídicas de las que hacen parte personas a las cuales se les extenderá los efectos de la sentencia, de modo tal que sin su presencia no es posible decidir de fondo. Tradicionalmente se le clasifica en necesaria o facultativa y/o voluntaria según la naturaleza de la relación o relaciones jurídicas discutidas en el proceso y a la divisibilidad de las obligaciones derivadas de esas relaciones.

3.3. Análisis sustancial del caso concreto

En el presente asunto no se reúnen los presupuestos procesales del litisconsorcio necesario por la parte pasiva, entre la demandada y la Secretaría de Educación toda vez que, aún sin la vinculación de esta, resulta posible tomar una decisión de fondo sobre la reclamación de reconocimiento de sanción moratoria por pago tardío de cesantías dado que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, esta puede ser atribuida por partes a diferentes sujetos, por lo que, quien afirma tener derecho al pago de la sanción puede a su arbitrio demandar independientemente a cada persona o mancomunadamente a todos, exigiendo a cada obligado la parte de la sanción que le corresponda, es decir por la porción de la sanción que ha causado.⁴

En consecuencia, no le asiste razón a la parte demandante en cuanto afirma la existencia de un litisconsorcio necesario por la parte pasiva.

En el caso concreto, en cuanto al responsable del pago de la sanción moratoria, la demandada afirma que, el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías le fue comunicado tardíamente por la Secretaria de Educación, sin embargo no aporta ninguna prueba que permita soportar dicha afirmación, aunado a que de la captura de imagen de pantalla, tampoco permite deducirlo.

3.4. Conclusión

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera C.P.: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia de 23 de enero de 2003. Rad.: 52001-23-31-000-1999-1004-01(22901)

En consecuencia, no prosperan los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación. En este sentido, se confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, formulada por la demandada.

4. Segundo problema jurídico *¿Procedía la indexación de la sanción moratoria?*

4.1. Tesis del Tribunal

Procede la orden la indexación de la sanción moratoria, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

Para fundamentar lo anterior, se hará referencia al marco jurídico sobre el tema, para descender al análisis del caso concreto, atendiendo los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

4.2. Fundamento jurídico - Indexación de la Sanción moratoria

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996 al respecto señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el parágrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación.** En ese orden de ideas,*

no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el parágrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo⁵. (Se resalta)

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018**⁶ precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la

⁵Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

*voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.** [...]*

*188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual,

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020⁸.

4.3. Análisis sustancial del caso concreto

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado referidas en el acápite referente al marco normativo, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

4.4. Conclusión

En este sentido, se confirmará la sentencia apelada, que ordenó la indexación, desde el último día en que se causó la sanción moratoria, esto es, desde el 12 de julio de 2020, hasta el momento en el que quede ejecutoriada la sentencia.

5. Costas en esta instancia.

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

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

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

III. RESUELVE:

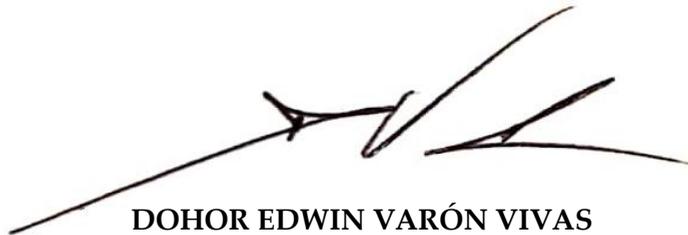
PRIMERO: Se confirma la sentencia del 10 de diciembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales en lo que se refiere al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Edgar Torres Castillo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio,

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Salva voto parcialmente)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 136

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Radicado: 17001-23-33-000-2021-00300-00
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Gloria Inés Carmona Galvis
Demandado: Nación - Ministerio de Educación – Fomag. Departamento de Caldas

Se emite sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

La demandante solicita se declare la nulidad del acto ficto derivado de las peticiones presentadas el 2 de diciembre de 2020, y el 7 de abril de 2021, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006. A título de restablecimiento del derecho, condenar a las demandadas a que reconozcan y pague la sanción por mora equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías, contados a partir del día 70, desde el momento en que se radicó la solicitud hasta su pago efectivo.

1.2. Hechos

Se relata que, la accionante solicitó el 6 de marzo de 2018, el reconocimiento y pago de la cesantía a la que tenía derecho, y que ésta prestación le fue reconocida mediante la Resolución 4343 de 18 de julio de 2019 y pagada el 24 de noviembre de 2020. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante, término que venció el 21 de julio de 2018.

Que solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, y que la solicitud fue resuelta negativamente por medio del acto demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como normas vulneradas la Ley 91 de 1989, artículos 5 y 15; Ley 244 de 1995, artículos 1 y 2; Ley 1071 de 2006, artículos 4 y 5. Sostiene que la jurisprudencia ha establecido que las disposiciones comentadas deben ser interpretadas en el entendido que entre la solicitud de cesantías y su reconocimiento y pago no debe superarse el término de 70 días y que el Ministerio de Educación ha venido cancelando las cesantías por fuera del término referido, circunstancia que genera una sanción a cargo de esta entidad, equivalente a un (1) día de salario del docente por cada día de retardo, que se contabiliza a partir del día siguiente al vencimiento de los 70 días hábiles, contados desde el momento en que se radicó la solicitud de la cesantía ante la demandada, y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (Fomag) se opuso a las pretensiones, reconoció como ciertos los hechos referentes a la petición de cesantías y la emisión del acto de reconocimiento. Consideró que no es la entidad responsable de la sanción mora de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Como excepciones planteó:

“Culpa exclusiva de un tercero aplicación Ley 1955 de 2019”: basada en que, en caso de declarar nulo el acto demandado, se tenga en cuenta que el incumplimiento de los plazos fijados por la ley obedeció exclusivamente por culpa de la entidad territorial, esto es, la Secretaria de Educación, quien incumplió los términos con los que contaba para proferir el acto administrativo de reconocimiento de las cesantías definitivas.

“Pago de la obligación deprecada” por cuanto, verificados los aplicativos de la entidad, se logró determinar que la sanción por mora fue efectivamente pagada, el 14 de febrero de 2022.

“Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad” basado en que, el acto administrativo acusado, se profirió en estricto cumplimiento de las normas legales vigentes y aplicables al caso, sin que se encuentre vicio de nulidad alguna.

“De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad Fiduciaria respecto del año 2020 en adelante”: basada en que, el Fomag-, es un patrimonio autónomo, sin personería jurídica y administrado por entidad fiduciaria Fiduprevisora, ahora bien, para establecer si la sanción moratoria debe ser asumida por la entidad fiduciaria con cargo a dicho fondo debemos tener en cuenta: i. Naturaleza jurídica y finalidades del FOMAG; ii. Fuente de las obligaciones de la Fiduprevisora en ejecución del contrato de fiducia mercantil; iii. naturaleza jurídica y finalidades de la sanción moratoria. Que únicamente se podrá asumir la responsabilidad de pago por concepto de sanción mora, respecto del 2019, esto teniendo en cuenta el parágrafo transitorio del artículo 57 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019.

“De la improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de la sanción moratoria”, pues el Consejo de Estado, en Sala Plena de la Sección Segunda, acogió la posición de la Corte Constitucional que distinguió las funciones de las cesantías y de la sanción por mora; indicó que esta última se trata de una multa que se *“consagró con el fin de conminar a las entidades*

encargadas al pago oportuno de la prestación social del auxilio de cesantías, ya que generalmente como consecuencia de la burocracia, la tramitología era común la demora en el citado pago". Es decir, se trata de una "sanción o penalidad" que busca el pago oportuno de las cesantías, pero no compensa al trabajador ni lo indemniza. No se trata, entonces, de un derecho laboral.

"Improcedencia de condena en costas" basada en que, conforme lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

"Sostenibilidad financiera" basada en que, conforme con el Acto Legislativo 03 de 2011 el Estado fortalece la normatividad referente al principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución, debido a que obligo a todos los órganos y ramas del poder público a orientar sus actividades dentro de un marco de sostenibilidad fiscal. Es decir, determino que las decisiones que se tomaran en vigencia de dichos actos legislativos debían fundarse en la protección de estos principios de carácter constitucional a fin de no contrariar a la carta magna, ello teniendo como horizonte los fines sociales del Estado.

El departamento de Caldas no se pronunció en esta etapa.

3. Pronunciamiento frente a las excepciones

La Nación – Ministerio de Educación - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reiteró los argumentos expuestos en su contestación y precisa que, el Fomag reconoció a la demandante una sanción por mora hasta el 31 de diciembre de 2019, correspondiente a 299 días de mora, los cuales quedaron a disposición de la accionante a partir del 14 de febrero de 2022 por valor de \$39.069.224.

El departamento de Caldas señaló que, la Secretaría de Educación se encarga únicamente de recibir y radicar las solicitudes de prestaciones sociales de los docentes que pertenezcan a la entidad territorial de acuerdo a los requisitos establecidos previamente por la sociedad fiduciaria encargada de administrar los recursos del fondo, en este caso, la Fiduprevisora.

Que según los pruebas que reposan en el expediente, la solicitud fue realizada el 27 de febrero de 2018, y ante las inconsistencias que presentaba el aplicativo NURF II, la Oficina de Prestaciones Sociales se vio en la obligación de remitirlo en medio físico y sin radicación mediante Oficio P.S.-324 del 06 de marzo de 2018, el mencionado Oficio fue enviado por medio de la empresa 4-72 Servicios Postales Nacionales el 07 de marzo de 2018 y recibido en la Fiduprevisora el 09 de marzo de 2018, por la que la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, cumplió los términos legales dentro del trámite para el pago de las cesantías, por lo que de existir mora en el pago, esta recae única y exclusivamente en la Fiduprevisora.

La parte demandante y el **Ministerio Público** no se pronunciaron en esta etapa.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la etapa de fijación del litigio, se centra en establecer: *¿Tiene derecho la parte actora al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el retardo en el pago de las cesantías?*

En caso afirmativo, *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?*

2. Primer problema juicio

2.1. Tesis del tribunal

La demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el retardo en el pago de las cesantías, la cual se hizo exigible desde el 22 de junio de 2018 inclusive, hasta el 24 de noviembre de 2020 inclusive.

Para fundamentar lo anterior, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: **i)** el fundamento jurídico sobre la sanción moratoria en el régimen especial de los docentes; **ii)** los hechos relevantes acreditados; para descender al análisis del **iii)** caso concreto.

2.2. Fundamento jurídico - Reconocimiento de la sanción por mora

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

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

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

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

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

*“(…) Mora en el pago. **La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles**, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo*

que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Sobre el particular, la Sala Plena del Consejo de Estado¹, indicó a partir de qué fecha se debe comenzar a contabilizar la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de cesantía, con el siguiente análisis:

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

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

En sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018², el Consejo de Estado ilustra la forma en que se debe realizar el conteo de la sanción moratoria con el siguiente cuadro:

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

¹ Consejo de Estado, Sentencia del 27 de marzo de 2007, Número Interno 2777-2004.

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

	<i>el computo del término de pago</i>			
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Personal</i>	<i>10 días, posteriores a la notificación</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Electrónica</i>	<i>10 días, posteriores a certificación de acceso al acto</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la notificación</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Aviso</i>	<i>10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso</i>	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>55 días posteriores a la entrega del aviso</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	<i>Sin notificar o notificado fuera de término</i>	<i>10 días, posteriores al intento de notificación personal</i> ³	<i>45 días posteriores a la ejecutoria</i>	<i>67 días posteriores a la expedición del acto</i>
ACTO ESCRITO	<i>Renunció</i>	<i>Renunció</i>	<i>45 días después de la renuncia</i>	<i>45 días desde la renuncia</i>
ACTO ESCRITO	<i>Interpuso recurso</i>	<i>Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso</i>
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	<i>Interpuso recurso</i>	<i>Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso</i>	<i>45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria</i>	<i>61 días desde la interposición del recurso</i>

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

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

2.3. Hechos relevantes acreditados

➤ La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, el 6 de marzo de 2018.⁴

³ Se consideran los supuesto de los artículos 68 y 69 del CPACA según los cuales, la entidad tuvo 5 días para citar al peticionario a recibir notificación personal, 5 días más para que comparezca, 1 día para entregarle el aviso, y 1 día para perfeccionar la notificación por este medio. Estas diligencias totalizan 12 días.

⁴ F. 6 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

- Mediante Resolución 4343-6 del 18 de julio de 2019, de la Secretaría de Educación de Caldas, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías parciales solicitadas por el demandante, la cual fue notificada personalmente el 26 de julio de 2019.⁵
- Según certificación de la Dirección de Prestaciones Económicas del Fomag, el valor de las cesantías fue puesto a disposición de la docente, el 21 de noviembre de 2020 a través del Banco BBVA⁶.
- La actora, solicitó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías, a la Nación - Ministerio de Educación el 2 de diciembre de 2020⁷ y al departamento de Caldas el 7 de abril de 2021.⁸

2.4. Análisis del caso concreto

2.4.1. Existencia de los actos administrativos enjuiciados

Resulta diáfana la configuración del acto ficto derivado del silencio administrativo negativo frente a las peticiones presentadas el 2 de diciembre de 2020, ante la Nación - Ministerio de Educación – Fomag; y el 7 de abril de 2021 ante el departamento de Caldas, en cuanto se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías, consagrada en la Ley 1071 de 2006, toda vez que dentro del plazo de tres meses establecido en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 no se atendió la solicitud de la parte accionante. Por lo anterior, se declarará la configuración por ministerio de la ley del acto administrativo ficto, tácito o presunto que negó la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006.

2.4.2. Sanción moratoria

Como la petición se hizo en vigencia del CPACA el término para el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías es de 70 días, y teniendo en cuenta que el acto de reconocimiento de las cesantías fue extemporáneo, no se tiene en cuenta la notificación para el cómputo del término de pago, por lo que la ejecutoria de 10 días, corren “después de cumplidos 15 para expedir el acto y luego los 45 días para el pago; de conformidad con la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018⁹, del Consejo de Estado que señaló:

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

⁵ F. 29-30 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

⁶ F. 1 Archivo digital: 08Pruebas.pdf

⁷ F. 44-52 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

⁸ F. 44-52 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

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

	<i>del término de pago</i>			
--	----------------------------	--	--	--

De acuerdo a lo anterior, los términos para pagar las cesantías de la parte demandante se cumplieron en las siguientes fechas:

Término	Fecha Límite	Caso concreto
Fecha de la reclamación de las cesantías	06/03/2018	
Término para el reconocimiento – 15 días (artículo 4 de la Ley 1071 de 2006)	28/03/2018	18/07/2019
Término ejecutoria -10 días Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo	13/04/2018	
Término para el pago – 45 días (artículo 5 de la Ley 1071 de 2006)	21/06/2018	

De acuerdo con lo expuesto, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 6 de marzo de 2018 y el acto administrativo de reconocimiento fue emitido el 18 de julio de 2019, esto es, con posterioridad a los 15 días siguientes a la presentación de la solicitud, por lo tanto, el término para pagar venció el 21 de junio de 2018 y teniendo en cuenta que el valor de las cesantías fue puesto a disposición de la docente, el 21 de noviembre de 2020¹⁰ se concluye que, se generó la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, la cual se hizo exigible desde el 22 de junio de 2018 inclusive hasta el 20 de noviembre de 2020 inclusive.

No es de recibo el argumento de la parte demandante referente a que, se debe tener en cuenta la fecha en que fue cobrado el dinero en la entidad bancaria, por cuanto, correspondía a la beneficiaria del pago realizar y demostrar la gestión diligente en el cobro de las cesantías y en la consulta ante la entidad demandada y bancaria la fecha en que los dineros estuvieron a disposición para el pago, carga que en el presente asunto no se cumplió por la demandante.

2.5. Conclusión

La demandante tiene derecho al reconocimiento de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006, por el retardo en el pago de las cesantías, la cual se hizo exigible desde el 22 de junio de 2018 inclusive hasta el 24 de noviembre de 2020 inclusive.

En consecuencia se declarará no probada la excepción de “*Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad*”.

3. Segundo problema jurídico ¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria?

3.1. Tesis del Tribunal

¹⁰ F. 1 Archivo digital: 08Pruebas.pdf

La Nación - Ministerio de Educación Nacional debe asumir el pago de la sanción moratoria causada a favor de la demandante, para lo cual se tendrá en cuenta el pago parcial realizado.

Para fundamentar lo anterior, se abordará el análisis de los siguientes aspectos: **i)** el fundamento jurídico sobre la entidad obligada al pago; **ii)** los hechos relevantes acreditados; para descender al análisis del **iii)** caso concreto.

3.2. Fundamento jurídico - Entidad obligada al pago

La Ley 91 de 1989 en su artículo 3º, creó el Fomag como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, que si bien es cierto no tiene personería jurídica, está adscrita al Ministerio de Educación Nacional, cuya finalidad entre otras, es el pago de las prestaciones sociales de los docentes afiliados a dicho fondo (artículos 4 y 5).

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019¹² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

¹² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

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.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO . Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, fúltese al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por lo tanto queda claro que, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag si se encuentra legitimada por pasiva frente a la demanda formulada por la docente para reclamar el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, sin que exista fundamento para afirmar que, la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019 excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías.

3.3. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías parciales, el 6 de marzo de 2018.¹³
- La Oficina de Prestaciones Sociales de la Secretaría de Educación de Caldas, mediante Oficio P.S.-324 del 06 de marzo de 2018 dirigido a la Fiduprevisora remitió el expediente físico de la solicitud de cesantías de la señora Gloria Inés Carmona, teniendo en cuenta no fue posible radicar por “inconsistencias en el aplicativo NURF II”; el mencionado Oficio fue enviado por medio de la empresa 4-72 Servicios Postales Nacionales el 07 de marzo de 2018 y recibido en la Fiduprevisora el 09 de marzo de 2018.¹⁴
- Mediante Resolución 4343-6 del 18 de julio de 2019, de la Secretaría de Educación de Caldas, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías parciales solicitadas por al demandante, la cual fue notificada personalmente el 26 de julio de 2019.¹⁵
- En esta resolución se indica que: *“el día 17/07/2019 la Fiduprevisora S.A. nos remitió a través del aplicativo OnBase la hoja de revisión por medio de la cual fue aprobada la prestación, conforme a estudio realizado el 26/06/2019”.*
- Según certificación de la Dirección de Prestaciones Económicas del Fomag, el valor de las cesantías fue puesto a disposición de la docente, el 21 de noviembre de 2020 a través del Banco BBVA¹⁶.
- Además, según certificación emitida por la Fiduprevisora, el valor reconocido mediante Resolución VADMSXM343 de fecha 18 de Julio de 2019, quedó a disposición de la demandante a partir del 14 de Febrero de 2022 por valor de \$39,069,224 , a través del Banco BBVA, por ventanilla, en la Sucursal Manizales¹⁷.

3.4. Análisis sustancial del caso concreto

Del análisis de la pruebas allegadas se tiene que, en la misma fecha en que la demandante presentó la solicitud de reconocimiento de sus cesantías, la Secretaria de Educación del departamento de Caldas remitió el expediente a la Dirección de Prestaciones Económicas para su estudio, toda vez que no fue posible registrarlo en el aplicativo NURF II.

Además, solo hasta el 17 de julio de 2019 la Fiduprevisora remitió a través del aplicativo OnBase la hoja de revisión por medio de la cual fue aprobada la prestación. Al día siguiente la Secretaria de Educación del departamento de Caldas emitió y notificó la resolución de reconocimiento de las cesantías y solo hasta el 21 de noviembre de 2020, el valor de las cesantías fue puesto a disposición de la docente.

Por lo tanto es claro que, la mora en el pago de las cesantías es imputable a la Nación - Ministerio de Educación, pues incumplió los términos para el estudio de la solicitud y pago

¹³ F. 6 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

¹⁴ F. 27-28 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

¹⁵ F. 29-30 Archivo digital: 02DemandaAnexos.pdf

¹⁶ F. 1 Archivo digital: 08Pruebas.pdf

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 08Pruebas.pdf y 13CertificadoPago.pdf

de las cesantías de la actora, a pesar que, la Secretaria de Educación territorial remitió oportunamente la información y documentación para que se procediera al estudio y pago de las cesantías. Además, que en el presente asunto no es aplicable el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019 en tanto la solicitud de cesantías fue realizada el 6 de marzo de 2018, esto es, con anterioridad a su entrada en vigencia.

3.5. Conclusión

Por lo expuesto se concluye que, la Nación - Ministerio de Educación Nacional debe asumir el pago de la sanción moratoria causada a favor de la demandante, por lo que se declarara no probada la excepción de *“Culpa exclusiva de un tercero aplicación ley 1955 de 2019”*. *“Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”*, *“De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad Fiduciaria respecto del año 2020 en adelante”* y de *“Sostenibilidad financiera”*.

4. Nulidad y Restablecimiento del derecho

Por lo expuesto, se declarará la nulidad del acto ficto derivado de las peticiones realizadas el presentadas el 2 de diciembre de 2020, ante la Nación - Ministerio de Educación – Fomag; y el 7 de abril de 2021 ante el departamento de Caldas y a título de restablecimiento del derecho se ordenará el pago de la sanción moratoria causada desde el 22 de junio de 2018 inclusive hasta el 24 de noviembre de 2020 inclusive.

En cuanto al salario base para liquidar la sanción, se acudirá a lo establecido por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación antes referida, en virtud de la cual, al tratarse de cesantías parciales, debe tenerse en cuenta la asignación básica vigente en la fecha en que se causó la mora, que para el caso, se dio a partir de junio de 2018.

Para efectos de su liquidación deberá tenerse en cuenta el pago realizado el 14 de Febrero de 2022 por valor de \$39,069,224, que fue puesto a disposición de la demandante a partir del 14 de Febrero de 2022, a través del Banco BBVA¹⁸, por lo que se declarará parcialmente acreditada la excepción de *“pago de la obligación deprecada”* formulada por la Nación - Ministerio de Educación – Fomag.

Además, se declarará no fundada la excepción titulada *“Sostenibilidad financiera”* por cuanto no se observa cómo, la condena impuesta afecte el principio del equilibrio financiero consagrado en el artículo 48 de la Constitución, o los fines sociales del Estado.

5. Indexación

La Corte Constitucional en sentencia C-448 de 1996, señaló:

19- Los anteriores criterios jurisprudenciales permiten concluir que los trabajadores no tienen por qué soportar la pérdida del poder adquisitivo de sus prestaciones y remuneraciones laborales, por lo cual los patronos públicos y privados que incurran en mora están obligados

¹⁸ F. 2 Archivo digital: 08Pruebas.pdf y 13CertificadoPago.pdf

a actualizar el valor de tales prestaciones y remuneraciones.

*Sin embargo, lo anterior no implica la inconstitucionalidad de la expresión final del inciso, como lo sugiere el Procurador, por cuanto la sanción moratoria prevista por la Ley 244 de 1995 no es, en sentido estricto, un mecanismo de indexación que pretenda proteger el valor adquisitivo de la cesantía sino que tiene un sentido en parte diferente, como lo muestra con claridad el sistema de cálculo del monto de la sanción, que es muy similar a la llamada figura de los salarios caídos en materia laboral. Así, el párrafo del artículo 2º de la Ley 244 de 1995 consagra la obligación de cancelar al beneficiario "un día de salario por cada día de retardo", **sanción severa que puede ser, en ocasiones, muy superior al reajuste monetario**, por lo cual no estamos, en estricto sentido, frente a una protección del valor adquisitivo de la cesantía sino a una sanción moratoria tarifada que se impone a las autoridades pagadoras debido a su ineficiencia. Por ello la Corte considera que las dos figuras jurídicas son semejantes pero que es necesario distinguirlas. Son parecidas pues ambas operan en caso de mora en el pago de una remuneración o prestación laboral. Pero son diversas, pues la indexación es una simple actualización de una obligación dineraria con el fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores debido a los fenómenos inflacionarios, mientras que la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 **busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora, y por ello su monto es en general superior a la indexación**. En ese orden de ideas, **no resulta razonable que un trabajador que tenga derecho a la sanción moratoria impuesta por la ley 244 de 1995 reclame también la indexación, por cuanto se entiende que esa sanción moratoria no sólo cubre la actualización monetaria sino que incluso es superior a ella**. En cambio, el hecho de que la entidad no esté obligada a cancelar la sanción moratoria -por estar operando el período de gracia establecido por el párrafo impugnado- no implica, en manera alguna, que el trabajador no tenga derecho a la protección del valor adquisitivo de su prestación laboral, por lo cual la entidad pagadora está en la obligación de efectuar la correspondiente actualización monetaria de la misma, bien sea de oficio o a petición de parte, pues de no hacerla, el trabajador podrá acudir a la justicia para que se efectúe la correspondiente indexación.*

Este criterio ya había sido establecido por la Corte Suprema de Justicia y había sido acogido por la Corte Constitucional en anteriores decisiones. En efecto, ese tribunal señaló al respecto:

Es oportuno reiterar que cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajuste en relación con el costo de vida, conforme a lo dicho antes, pues es obvio que de no ser así el trabajador estaría afectado en sus ingresos patrimoniales al recibir al cabo del tiempo el pago de una obligación en cantidad que resulta en la mayoría de las veces irrisoria por la permanente devaluación de la moneda en nuestro país, originándose de esa manera el rompimiento de la coordinación o "equilibrio" económico entre empleadores y trabajadores que es uno de los fines primordiales del derecho del trabajo¹⁹. (Se resalta)

¹⁹Corte suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de 20 de mayo de 1992. Criterio acogido por la Corte Constitucional en las sentencias T-260/94 y T-102/95.

El Consejo de Estado en **sentencia de unificación de 18 de julio de 2018**²⁰ precisó además que, en la medida en que la sanción moratoria se constituye en una penalidad severa a quien incumple con determinada obligación, resulta inviable su indexación porque con ello se estaría ante doble castigo por la misma causa. Esto señaló la Corporación:

183. Desde la óptica del empleado, si bien la sanción moratoria representa una suma de dinero considerable, sucesiva mientras no se produzca el pago de las cesantías; ella ni lo compensa ni lo indemniza por la ocurrencia de la mora del empleador en cumplir con su obligación de dar, puesto que su propósito es procurar el pago oportuno de la prestación social, razón por la cual, no es posible hablar que estamos ante un derecho o una acreencia derivada de la relación de trabajo o de las eventualidades que el empleador ampare en virtud de lo que ordena la ley.

*184. De ahí que, en materia de sanción moratoria sea necesario distinguir su naturaleza de la voluntad legislativa de orientar que el empleado fuera su beneficiario, y en ese panorama concluir que se trata de un derecho; pues contrario a ello, no se erige como una prerrogativa prestacional en la medida que no busca proteger al trabajador de las eventualidades a las que puede verse sometido durante una relación laboral, sino que se instituye como una **penalidad** económica contra el empleador por su retardo en el pago de la prestación social de las cesantías y en favor del servidor público.*

*185. En tal sentido, al no tratarse de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, **no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo.***

[...]

*188. Adicionalmente, otro argumento que permite descartar la posibilidad de indexar la sanción moratoria, se encuentra en el régimen anualizado previsto en la Ley 50 de 1990 cuando concurren diversas anualidades de mora, en cuyo caso, según el criterio de la jurisprudencia la base para calcularla será el correspondiente al de la ocurrencia del retardo, en donde **el salario** como retribución por los servicios prestados por el trabajador necesariamente y por definición viene reajustada cada año con los índices de precios al consumidor o en su defecto, con el aumento que disponga el ejecutivo, si se trata de relaciones legales y reglamentarias.*

189. Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico”.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de unificación CE-SUJ2-012-18 de 18 de julio de 2018, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 73001-23-33-000-2014-00580-01 (4961-15).

Posteriormente, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado²¹, consideró que, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

Lo anterior, se armoniza con la regla expuesta en la sentencia de unificación antes reseñada en cuanto a la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria, «*sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA*». Al respecto, la Subsección precisó la forma en que debe interpretarse la frase consignada en la regla jurisprudencial sentada en la sentencia de unificación en cuanto a la aplicación del artículo 187 del CPACA.

“No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA”. (Se resalta).

Esta tesis ha sido refrendada en recientes pronunciamientos, entre ellos en sentencia del 29 de octubre de 2020²².

De acuerdo con las sentencias de la Corte Constitucional y Consejo de Estado antes referida, la sanción moratoria busca penalizar económicamente a las entidades que incurran en mora y por ello su monto es en general superior a la indexación; sin embargo, cuando termina la causación de la sanción moratoria se consolida una suma total que sí es objeto de ajuste por indexación, por lo que sí es procedente reconocer el ajuste de la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este orden de ideas la Sala concluye que, mientras se causa la sanción moratoria día a

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

día esta no podrá indexarse; sin embargo cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste por indexación desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia.

En este sentido, se declarará no fundada la excepción “*De la improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de la sanción moratoria*”, y se ordenará la indexación desde el 24 de noviembre de 2020, fecha en que terminó la causación de la sanción moratoria y se consolidó una suma total, hasta el momento en el que quede ejecutoriada esta sentencia.

6. Prescripción

La sección segunda el Consejo de Estado²³ ha sostenido que, la sanción moratoria de la Ley 244 de 1995²⁴, se encuentra sujeta al término de prescripción previsto en el artículo 151²⁵ del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que aquel se hace exigible **desde el momento mismo en que se causa la mora**, ello en atención a lo previsto por la Sentencia de Unificación CE-SUJ 004 de 25 de agosto de 2016²⁶.

Y en sentencia del 11 de junio de 2019 la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado reiteró que: “... *la sanción moratoria prevista en la Ley 244 de 1995²⁷ se encuentra sujeta al término de prescripción trienal previsto en el artículo 151 del CPTYSS y que su exigibilidad se causa desde el momento en que el empleador incurre en mora en el reconocimiento y pago de la prestación aludida...*” (Se resalta).

En el caso de la demandante no operó la prescripción teniendo en cuenta que: i) la sanción moratoria se generó a partir del 22 de junio de 2018; ii) la demandante interrumpió la prescripción con la reclamación presentada el 2 de diciembre de 2020 y (ii) la demanda fue presentada el 25 de noviembre de 2021.

7. Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, y teniendo en cuenta que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca*

²³ Véase: Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2012-00461-01; Sentencia de 7 de noviembre de 2018, Rad. 2013-00683-01; Sentencia de 14 de febrero de 2019, Rad. 2013-0078-01; Sentencia de 22 de noviembre de 2018, Rad. 2014-00363-01; Sentencia de 24 de enero de 2019, Rad. 2012-90134-01; Sentencia de 25 de octubre de 2018, Rad. 2013-00078-01; Sentencia de 31 de octubre de 2018, Rad. 2013-00295-01, C.P.: Gabriel Valbuena Hernández; Sentencia de Sentencia del 5 de abril del 2018. Rad. 08001-23-33-000-2014-00069-01 (2268-2015). C.P. William Hernández Gómez. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2018, Rad. 2014-00650-01; Sentencia de 2014-00164-01, C.P.: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

²⁴ « *Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.*»

²⁵ ARTICULO 151. PRESCRIPCIÓN. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*

²⁶ Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia de Unificación CE-SUJ004 de 25 de agosto de 2016, Rad. 2011 00628-01.

²⁷ « *Por medio de la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.*»

que se causaron y en la medida de su comprobación (...)”.

Siendo así, aunque se declarará no probada la excepción de *“Improcedencia de condena en costas”*; teniendo en cuenta que en el trámite no se observa que se hayan causado, ni de las partes un actuar temerario, además de la prosperidad parcial, tanto de las pretensiones como de las excepciones, no se condenará en costas.

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

SENTENCIA

Primero. Declarar parcialmente acreditada la excepción de *“Pago de la obligación deprecada”* y no fundadas las excepciones de *“Culpa exclusiva de un tercero aplicación Ley 1955 de 2019”*; *“Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad”*; *“De la ausencia del deber de pagar sanciones por parte de la entidad Fiduciaria respecto del año 2020 en adelante”*; *“De la improcedencia de la indexación y/o actualización monetaria de la sanción moratoria”*; *“Improcedencia de condena en costas”* y la de *“Sostenibilidad financiera”* propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Declarar la existencia y nulidad del acto administrativo ficto generado con ocasión a las peticiones presentadas el 2 de diciembre de 2020, ante la Nación - Ministerio de Educación – Fomag; y el 7 de abril de 2021 ante el departamento de Caldas, acto mediante el cual se negó el reconocimiento de la sanción por pago extemporáneo de cesantías.

Tercero: A título de restablecimiento del derecho, **ordenar** a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocer y pagar a favor de la señora Gloria Inés Carmona Galvis, la sanción por mora contenida en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de retardo por el periodo comprendido entre el 22 de junio de 2018 inclusive hasta el 20 de noviembre de 2020 inclusive. La sanción será liquidada con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en de junio de 2018.

Para efectos de su liquidación deberá tenerse en cuenta el pago realizado el 14 de Febrero de 2022 por valor de \$39,069,224, que fue puesto a disposición de la demandante a partir del 14 de Febrero de 2022.

Cuarto: Ordenar a la entidad demandada **indexar** las sumas que resulten a favor de la demandante por concepto de sanción moratoria, en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

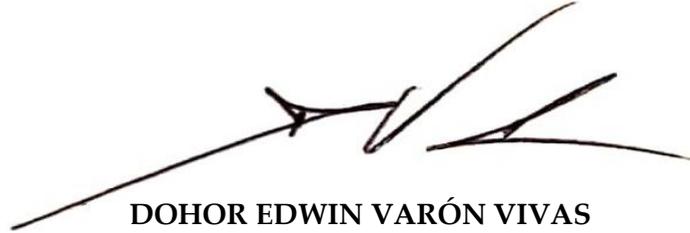
Quinto: La entidad condenada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Sexto. Sin condena en costas.

Séptimo. Ejecutoriada esta providencia, **archivar** las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Notificar

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado
(Salva voto parcialmente)



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 137

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00029-00
Naturaleza: Validez de Actos Administrativos
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Municipio de Pácora (Caldas)

Se emite fallo, con ocasión a la solicitud de estudio de validez, respecto del Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021 *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo 024 de diciembre 05 de 2013 y se adopta el Estatuto Tributario del Municipio de Pacora-Caldas”*.

I. Antecedentes

1. Sustento fáctico

Se expone en la solicitud que, el Acuerdo en mención fue aprobado por el Concejo de Pácora en los dos debates reglamentarios en sesiones extraordinarias los días 4 y 8 de diciembre de 2021, siendo sancionado el 14 de diciembre de 2021 por el Alcalde municipal.

2. Normas violadas y concepto de la violación

El departamento formula dos cargos contra el referido Acuerdo, así:

Primero: Los artículos 122,123,124, numeral 5, 125, 126,127,128,129,130,131,132,133, 134 y 135 del Acuerdo – a través de los cuales se regula el impuesto de alumbrado público en el municipio- infringe los artículos 313, numeral 4 de la Constitución Política, el 18, numeral 6 de la Ley 1551 de 2012, los 349 parágrafo 2 y 351 de la Ley 1819 de 2016 y el artículo 10 del Decreto 943 de 2018 que modificó el artículo 2.2.3.6.1.8 del Decreto 1073 de 2015.

El motivo de reparo radica en que, el artículo 10 del Decreto 943 de 2018 que modifica el artículo 2.2.3.6.1.8 del Decreto 1073 de 2015 de 2018, estipula la metodología para determinar los costos por la prestación del servicio de alumbrado público; como requisito, los municipios deben realizar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público; de igual manera en el parágrafo del artículo 10 del citado Decreto, determinó la competencia del Ministerio de Minas y Energía o la entidad que para estos efectos sea delegada, para establecer la metodología de

determinación de los costos por la prestación del servicio de alumbrado público, y en caso de no establecerse, se aplicará la metodología establecida en la Resolución CREG 123 de 2011, o las Resoluciones que se encuentren vigentes.

Que por lo tanto, el Concejo de Pacora infringió la normatividad, por la expedición irregular de estos artículos, toda vez que, para establecer las tarifas de alumbrado público como tributo -impuesto- municipal, el Municipio debió realizar y elaborar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual no anexaron al Acuerdo Municipal en referencia, violando los preceptos constitucionales y legales al establecer esta tarifa como valor del impuesto a cobrar del alumbrado público.

Segundo: El Artículo 346, numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021, describe y establecen las causales de nulidad de los actos de contenido tributario, el cual no se ajusta a lo normado en el artículo 730 del Estatuto Tributario Nacional.

El motivo de reparo radica en que, la causal establecida en el numeral 3 del artículo 346, esto es "*Cuando no se notifiquen dentro del término legal*", fue derogada expresamente por el artículo 160 de la Ley 2010 de 2019, vulnerando el Concejo Municipal lo preceptuado en la normatividad establecida en este aparte.

3. Pronunciamiento de los sujetos procesales

- **El Municipio de Pácora** se opuso a las solicitudes de declaración de invalidez, aceptó como ciertos los hechos referentes a la expedición del Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021 y precisó que, el Concejo, en relación con la determinación de la tarifa del gravamen territorial del alumbrado público y con la estipulación de la causal de nulidad del numeral 3 del artículo 346 mediante el Acuerdo señalado, se encontraba revestido de legalidad y amparado en las disposiciones constitucionales que le permiten establecer los elementos del tributo y el marco normativo a partir de los cuales regula todo lo referente a la administración de los tributos a su cargo.

Formuló la excepción que denominó "*IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL*" basada en que, conforme lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-869/99 el control de constitucionalidad consagrado en el artículo 305 de la Constitución tiene un carácter netamente preventivo, en tanto, su procedencia se encuentra atada a que la acción sea ejercida o instaurada antes de la entrada en vigor del acuerdo Municipal, con el objeto de evitar la producción de efectos nocivos, de encontrarse que el acto administrativo es contrario a la Constitución y a la Ley.

Que el Acuerdo Municipal 021 del 15 de diciembre de 2021, al momento de ser instaurada la acción o solicitud de control, ya había entrado en vigencia y se encuentra rigiendo en la actualidad, razón por la cual no puede considerarse procedente la acción constitucional.

Solicitó que, en caso de no salir adelante los argumentos de oposición y las excepciones propuestas, se pronuncie acerca de los efectos de la posible declaratoria de invalidez de los artículos demandados, en punto de esclarecer si ello implicaría el recobro o la

reincorporación en vigencia del Acuerdo 024 del 05 de diciembre de 2013, en los artículos equivalentes, norma que fue derogada por el Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedibilidad del medio de control

El control de validez de los actos administrativos es un procedimiento judicial de carácter preventivo que, tiene lugar por solicitud del Gobernador del Departamento elevada ante el Tribunal Administrativo de Caldas, con arreglo a lo señalado en el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución, respecto de los motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad planteados en el escrito remisorio.

El trámite que debe surtir en sede administrativa, corresponde al dispuesto en el artículo 82 de la Ley 136 de 1994, así: *Revisión por parte del Gobernador. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al gobernador del departamento para que cumpla con la atribución del numeral diez (10) del artículo 305 de la Constitución. La revisión no suspende los efectos de los acuerdos.* (Se resalta)

A su vez, el numeral 10 del artículo 305 de la Constitución Política precisa: *“Son atribuciones del gobernador: (...) 10. 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 119 del Decreto 1333 de 1986 establece: *“Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez.* (Se resalta)

El artículo 120 del Decreto 1333 de 1986 dispone: *“El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el Acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso”.*

De acuerdo a lo anterior, es claro que este Tribunal es competente para conocer sobre la solicitud de pronunciamiento sobre la validez del Acuerdo en mención. Además, no constituye requisito de procedibilidad, que la solicitud sea presentada antes de la entrada en vigor del Acuerdo, pues la ley no lo contempla, por el contrario, el artículo 82 de la Ley 136 de 1994, es claro en precisar que: *“La revisión no suspende los efectos de los acuerdos”.*

Por lo anterior, se declarará infundado el argumento de defensa que al respecto formuló el municipio de Pácora.

2. Problemas jurídicos

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

- ¿Los artículos 122, 123, 124, numeral 5, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 del Acuerdo 021 de 2021– a través de los cuales se regula el impuesto de alumbrado público- son inválidos, toda vez que el Municipio debió realizar y elaborar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio?

- ¿El artículo 346, numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021, que establece como causal de nulidad de los actos de contenido tributario: “Cuando no se notifiquen dentro del término legal”, desbordó el marco legal en el que debía insertarse?

3. Primer problema jurídico

3.1. Tesis del Tribunal

Los artículos 124 numeral 5, 126, 127, 128, 129 y 130 del Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021 a través de los cuales se regula la tarifa del impuesto de alumbrado público- son inválidos, toda vez que el Municipio debió realizar y elaborar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio. Los demás artículos, por no hacer referencia a la tarifa del impuesto conservan su validez.

Para sustentar lo anterior se hará referencia a: i) la competencia de las entidades territoriales en materia tributaria y ii) el análisis del caso concreto.

3.2. Competencia de las entidades territoriales en materia tributaria

El artículo 313 de la Constitución Política establece las funciones a cargo de los Concejos Municipales, entre las cuales se encuentra la de: “1. Votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales”.

Así mismo, la Ley 1551 de 2012 establece:

ARTÍCULO 18. El artículo 32 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“Artículo 32. Atribuciones. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes:

(...)

6. Establecer, reformar o eliminar tributos, contribuciones, impuestos y sobretasas, **de conformidad con la ley.**” /Resaltado fuera del texto original/

Por disposición del artículo 315 de la Constitución, son atribuciones del alcalde, entre otras:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo.

(...)

3. Dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y

la prestación de los servicios a su cargo.

(...)

6. Sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el Concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado sobre la competencia de las entidades territoriales en materia tributaria, en Sentencia de 3 de diciembre de 2020¹, señaló:

“La materia sobre la que versa la litis se encuentra regulada por normas de rango constitucional que disponen que los municipios, distritos y demás entes subnacionales, cuentan con autonomía para la gestión de sus intereses, lo cual implica la potestad para administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones (artículos 1º, 287 y 300 de la Carta). Por esa razón, el artículo 338 ibidem les reconoce potestad normativa para regular sus tributos propios. No obstante, dicho poder no está desprovisto de límites, toda vez que el texto del mencionado artículo 338 debe interpretarse de manera concordante con la prescripción contenida en los artículos 287 y 300 acerca de que el ámbito de autonomía de los entes territoriales se sujeta a “los límites de la Constitución y la ley”.

Así lo ha precisado la Corte Constitucional desde la sentencia C-517 de 1992, de conformidad con la cual la interpretación teleológica y sistemática de los mandatos superiores conduce a afirmar que las potestades tributarias atribuidas a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales deben entenderse circunscritas a lo que determine la ley.

De ahí que sea constitucionalmente inadmisibles la existencia de tributos territoriales regulados exclusivamente por normas locales o delimitados por estas en contravía del precepto legal, pues la competencia normativa que asiste a las entidades territoriales para establecer los elementos del tributo debe ser ejercida dentro de los límites y conforme con los parámetros fijados por la ley.

Sobre la base de esos planteamientos, al analizar el alcance de los artículos 294 y 362 superiores, el máximo intérprete de la Constitución, además, ha precisado que, una vez establecido un tributo territorial, el Congreso conserva la posibilidad de modificarlo puesto que la autonomía que la Carta reconoce a las entidades subnacionales no vacía de contenido la competencia atribuida al Congreso de la República para señalar los linderos de la actividad impositiva a nivel territorial. Por el contrario, la Corte ha destacado que, incluso en lo que atañe a los tributos locales, el legislador conserva su potestad de configuración normativa con miras a definir y precisar el alcance de las figuras impositivas, “en especial, para delimitar sus elementos esenciales, como ocurre con la definición de los hechos y bases gravables” (sentencia C-587 de 2014, MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez). Bajo ese contexto, en la citada sentencia C-587 de 2014, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 181 de la Ley 1607 de 2012, que aclaró que la base gravable especial fijada por el artículo 51 de la Ley 383 de 1997 para la actividad de generación de energía también es aplicable a la actividad de comercialización que realicen las empresas generadoras de energía.

¹ C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez (Exp. 25.088)

En definitiva, los límites de la potestad tributaria de los entes territoriales les impiden, además de crear tributos, apartarse de la configuración que efectúe el legislador en relación con los elementos de los tributos locales, hechos gravados, sujetos, bases gravables y tarifas” /Resaltado del Tribunal/.

En sentencia de 1° de julio de 2021, el consejo de Estado² reiteró el criterio en cita, aludiendo también a los principios de representación popular en materia tributaria y legalidad de los tributos, que constituyen el elemento conceptual básico del caso que estudia la Sala:

“Respecto al contenido y alcance del artículo 338 Constitucional, la Corte Constitucional ha dicho que: «Esta norma establece dos mandatos centrales. De un lado, ella consagra lo que la doctrina ha denominado el principio de representación popular en materia tributaria, según el cual no puede haber impuesto sin representación. Por ello la Constitución autoriza únicamente a las corporaciones de representación pluralista -como el Congreso, las asambleas y los concejos- a imponer las contribuciones fiscales y parafiscales. De otro lado, este artículo consagra el principio de la predeterminación de los tributos, ya que fija los elementos mínimos que debe contener el acto jurídico que impone la contribución para poder ser válido, puesto que ordena que tal acto debe señalar los sujetos activo y pasivo de la obligación tributaria, así como los hechos, las bases gravables y las tarifas. La predeterminación de los tributos y el principio de representación popular en esta materia tienen un objetivo democrático esencial, ya que fortalecen la seguridad jurídica y evitan los abusos impositivos de los gobernantes, puesto que el acto jurídico que impone la contribución debe establecer previamente, y con base en una discusión democrática, sus elementos esenciales para ser válido. Ahora bien, esta norma constitucional debe ser interpretada en consonancia con los artículos 287, 300 ord 4° y 313 ord 4°, que autorizan a las entidades territoriales a establecer tributos y contribuciones, de conformidad con la Constitución y la ley. Esto muestra entonces que la Constitución autoriza a las entidades territoriales, dentro de su autonomía, a establecer contribuciones pero siempre y cuando respeten los marcos establecidos por la ley, puesto que Colombia es un país unitario. Esto no significa, sin embargo, que el legislador tenga una absoluta discrecionalidad en la materia ya que, como ya lo ha establecido esta Corte, la autonomía territorial posee un contenido esencial que en todo caso debe ser respetado (...).”

Recogiendo la postura expuesta, la regla de autonomía de las entidades territoriales en la gestión de sus propios recursos encuentra atenuación en materia de tributos, por lo que la potestad de determinación en este campo debe sujetarse, se itera, al marco normativo que establecen la Constitución política y la ley, de tal modo que los departamentos, municipios y distritos desarrollan válidamente esta facultad siempre y cuando adopten los impuestos que la ley determina, o no desconozcan los elementos que el legislador ha previsto. En otras palabras, la facultad de los municipios se reputa constitucional siempre y cuando no se materialice en la creación de impuestos que no se encuentren determinados en la norma general, o desconozcan los elementos señalados en la ley.

3.3. Caso Concreto

Señala el departamento de Caldas que, los artículos 122, 123, 124 numeral 5, 125, 126, 127,

² M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, Rad. 25.471.

128, 129, 130, 131, 132, 133, 134 y 135 del Acuerdo 021 de 2021 – a través de los cuales se regula el impuesto de alumbrado público- son inválidos, toda vez que, para establecer las tarifas de alumbrado público como tributo -impuesto- municipal, el Municipio debió realizar y elaborar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público, el cual no anexaron al Acuerdo Municipal en referencia, violando los preceptos constitucionales y legales al establecer esta tarifa como valor del impuesto a cobrar del alumbrado público.

El municipio al respecto señala que, la determinación de la tarifa del gravamen territorial del alumbrado público mediante el Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021, se encontraba revestida de legalidad y amparado en las disposiciones constitucionales que le permiten establecer los elementos del tributo y el marco normativo a partir de los cuales regula todo lo referente a la administración de los tributos a su cargo.

Al respecto, encuentra la Sala que, ciertamente el Concejo Municipal de Pácora, expidió el Acuerdo 021 de 15 de diciembre de 2021 “*Por medio del cual se deroga el Acuerdo 024 de diciembre 05 de 2013 y se adopta el Estatuto Tributario del Municipio de Pacora-Caldas*”, en el cual, en los artículos señalados, dispuso:

“Capítulo IX IMPUESTO ALUMBRADO PÚBLICO

ARTÍCULO 122: AUTORIZACIÓN LEGAL. El impuesto por el servicio de alumbrado público se encuentra autorizado por la ley 97 de 1913, ley 84 de 1915 y la ley 1819 de 2016, ratificado mediante Sentencia C - 272 del 25 de mayo de 2016, decreto 1073 de 2015 Decreto Único Reglamentario del Sector de Minas y Energía, que recopila el Decreto 2424 de 2006 y que fue modificado por el Decreto 943 de 2018.

ARTÍCULO 123: DEFINICIÓN. Es el servicio público no domiciliario de iluminación, inherente al servicio de energía eléctrica, que se presta con el fin de dar visibilidad- al espacio público, bienes de uso público y demás espacios de libre circulación, con tránsito vehicular o peatonal, dentro del perímetro urbano y rural del Municipio, para el normal desarrollo de las actividades.

El servicio de alumbrado público comprende las actividades de suministro de energía eléctrica al sistema de alumbrado público, la administración, operación, mantenimiento, modernización, reposición y expansión de dicho sistema, el desarrollo tecnológico asociado a él, la interventoría en los casos que aplique y la fiducia pública para el manejo de los recursos.

ARTÍCULO 124: ELEMENTOS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO.

- 1. HECHO GENERADOR: Es el uso, aprovechamiento y beneficio obtenido por la prestación del servicio de alumbrado público a cargo del Municipio de Pácora.*
- 2. SUJETO ACTIVO: Es el Municipio de Pácora.*
- 3. SUJETO PASIVO: Los sujetos pasivos de este impuesto serán todas la personas naturales o jurídicas que realicen consumos de energía eléctrica, bien sea como usuarios del servicio público domiciliario de energía eléctrica o como autogeneradores, los no regulados conforme a la ley, y en los casos en que no se realicen consumos de energía eléctrica serán sujetos pasivos los propietarios de los predios y demás contribuyentes del impuesto predial que se encuentren dentro de la*

jurisdicción del Municipio de Pácora.

PARÁGRAFO 1. Si una misma persona natural o jurídica posee varias relaciones contractuales o cuentas contrato con el mismo comercializador de energía eléctrica o con comercializadores diferentes que operen en el Municipio, estará obligada a pagar el impuesto de alumbrado público por cada relación contractual.

PARÁGRAFO 2. Para los predios que no sean usuarios del servicio domiciliario de energía eléctrica, se aplicará una tarifa del uno por mil (1x1000) sobre el avalúo del predio.

4. BASE GRAVABLE: Es la unidad de medida sobre la cual recaerá la tarifa para generar un resultado impositivo. La base gravable es la liquidación del consumo de energía eléctrica (CLEU) antes de contribución o subsidios en sistemas de prepago o post pago, según sea el caso. Se incluye todo tipo de energía alternativa, la energía cogenerada y la autogenerada.

5. TARIFAS. Corresponde al factor, establecido según los criterios y parámetros determinados en el presente Estatuto, que aplicado a la base gravable permite obtener el monto a pagar por los contribuyentes.

ARTÍCULO 125. MONTO A DISTRIBUIR. Es el costo total en que incurre el Municipio para la atención oportuna de las actividades de suministro de energía eléctrica al sistema de alumbrado público, la aplicación, facturación y recaudo del tributo, la gestión de cartera del mismo, la administración, la operación, el mantenimiento, la modernización, la reposición, la expansión del sistema y la gestión de interventoría integral del modelo.

ARTÍCULO 126. VALOR DEL IMPUESTO. El valor del impuesto de alumbrado público a cargo del contribuyente estará definido como la cifra resultante de aplicar a la base gravable el factor establecido según los criterios y parámetros determinados en el presente Estatuto. El valor del impuesto estará determinado por la siguiente fórmula:

$$V \text{ IAP} = K \times \text{CLEU} + V \text{ min}$$

Donde:

V IAP = Valor de impuesto de alumbrado público a cargo del contribuyente.

K = Factor de ponderación determinado de acuerdo a como lo establece el presente Acuerdo.

CLEU = Consumo liquidado de energía eléctrica al contribuyente en período de facturación correspondiente.

Vmin = Valor mínimo del impuesto a cargo del contribuyente.

Se tendrán unos topes mínimos de valor del impuesto determinados en función de unidades de valor tributario -UVT- y un tope máximo general determinado en función del Salario Mínimo Mensual Legal Vigente -SMMLV-.

ARTÍCULO 127. CRITERIOS PARA DEFINIR EL FACTOR APLICABLE A LA BASE GRAVABLE. Para determinar el factor K, se tendrá en cuenta el consumo básico -Cbs- y el consumo de energía del contribuyente en el mes a liquidar -Ce-

Si $CLEU < Cbs$, entonces $K=0$

Si $CLEU > Cbs$, entonces K corresponde a lo determinado en tabla

ARTÍCULO 128. CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN GENERAL. Pertenecen a este régimen todos aquellos contribuyentes residenciales, oficiales, industriales, comerciales y de servicios cuyo sistema de liquidación y pago del servicio de energía eléctrica corresponde al sistema

post pago o prepago, y que no estén incluidos dentro de las consideraciones del régimen especial. Para el sector rural disperso, entendido este como los sujetos pasivos por fuera de los centros poblados, los valores determinados serán aplicable únicamente a partir del estrato socioeconómico tres y las actividades no residenciales.

Para dar aplicación al principio constitucional de progresividad tributaria, se tomará como elemento diferenciador al determinar el factor K, la estratificación socio económica del usuario o suscriptor según el estrato socio económico al cual pertenezca y/o los consumos básicos de subsistencia establecidos por la autoridad competente. Así mismo los consumos medios anuales para actividades no residenciales.

La tabla del factor K y del Vmin para estos contribuyentes será la siguiente:

CONSUMO BASE HASTA 500 KW-H				
	SI CEU ES MENOR O IGUAL A CBS		SI CEU ES SUPERIOR A CBS	
	K	Vmin	K	Vmin
ESTRATO 1	0	5.5% UTV	3%	0
ESTRATO 2	0	10% UTV	5%	0
ESTRATO 3	0	15% UTV	7%	0
ESTRATO 4	0	26% UTV	12%	0
ESTRATO 5	0	30% UTV	15%	0
ESTRATO 6	0	35% UTV	18%	0
NO RESIDENCIAL GENERAL	0	40% UTV	10%	0

PARÁGRAFO 1. Para los estratos 1 y 2 del sector rural disperso, la tarifa general del impuesto será del 2.0% de una UVT.

PARÁGRAFO 2. Los contribuyentes cuyo consumo sea cero (0) quedarán exentos de este tributo en el respectivo periodo.

PARÁGRAFO 3. Las siguientes entidades: Cuerpo de Bomberos, la Defensa Civil, la Cruz Roja y las Juntas de Acción Comunal, tendrán un K equivalente al del estrato 2.

ARTÍCULO 129. CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN ESPECIAL. Pertenecen a este régimen todos aquellos contribuyentes que acceden al servicio de energía eléctrica bajo una modalidad del sistema de prepago, o post pago o bajo la modalidad de autogeneración o cogeneración y a los contribuyentes que por su especial capacidad contributiva ameritan un tratamiento diferenciador de acuerdo con los principios de equidad y gradualidad tributaria.

La tabla del factor K y del Vmin para estos contribuyentes será la siguiente:

CONSUMO BASE 25000 KW-H				
	SI CEU ES MENOR O IGUAL A CBS		SI CEU ES MAYOR A CBS	
	K	Vmin	K	Vmin
GRUPO 1	0	4.5 UVT	18%	0
GRUPO 2	0	68 UVT	25%	0
GRUPO 3	0	1.5 UVT	10%	0

Para el efecto se determinan los siguientes grupos de actividades diferenciadoras:

GRUPO No 1. Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas o de servicios específicos:

- *Comercialización de derivados líquidos de petróleo.*
- *Centros de acopio y/o terminales de pasajeros correspondientes a servicio de transporte público de carga y/o pasajeros del nivel departamental y/o nacional, terrestre o aéreo.*
- *Actividad de operaciones con moneda extranjera -cambios, envíos, recepción, depósito, etc.-*
- *Actividad de compra ventas y/o ventas con pacto de retroventa; compra y venta de metales preciosos)*
- *Actividades de acopio y/o comercialización y/o procedimiento de café, cooperativas y compras de café, estas con volúmenes de operaciones iguales o mayores a las cooperativas existentes con base en certificación contable.*
- *Entidades del orden municipal (Alcaldía, Hospital Santa Teresita, Empresa Aguas Manantiales).*
- *Producción y/o distribución y/o comercialización de señal de televisión por cable.*
- *Asociaciones o empresas de compra y venta de productos agrícolas con volúmenes de exportación directa.*
- *Bodegas comercializadoras de bebidas gaseosas y embriagantes o cervecerías.*
- *Empresas de carácter Regional y/o Municipal que presten servicio de internet con tecnología 100% inalámbrica.*

GRUPO No. 2. Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas o de servicios específicas:

- *Servicios de telefonía local y/o larga distancia fija , por redes o inalámbrica.*
- *Recepción y/o amplificación y/o transmisión de señal de radio o de televisión abierta de carácter regional y/o nacional. Se excluyen las actividades circunscritas al municipio o al departamento exclusivamente emisoras del orden local.*
- *Operación de telefonía móvil; datos; recepción y/o retransmisión y/o enlaces de carácter privado.*
- *Distribución y/o comercialización de gas natural por redes.*
- *Instituciones Descentralizadas del nivel nacional y departamental.*
- *Organizaciones públicas, privadas o mixtas, dedicadas a procesos de bioinvestigación de gestión ambiental.*

Actividades de explotación forestal, agrícola y pecuaria con fines industriales y/o comerciales (más de 250 hectáreas).

- *Transmisión y/o distribución y/o comercialización de energía eléctrica.*
- *Concesiones viales y/o de administración y/o operación de peajes.*

Actividades financieras sujetas a control de la Superintendencia Financiera, Bancaria Central o Emisora.

GRUPO 3: Contribuyentes que desarrollen alguna de las siguientes actividades económicas o de servicios específicos:

- *Actividades financieras prestadas por corresponsales no bancarios (CNB)*
- *Establecimientos de comercio establecidos en las zonas: urbana y en los centros poblados corregimentales de castilla y San Bartolomé cuya actividad principal sean: Droguerías, supermercados , tiendas y graneros, papelerías, café internet, carnicerías, almacenes (misceláneas cacharrerías y similares), venta de alimentos típicos y artesanales, sombrerías, librerías,*

floristerías, salones de belleza, zapaterías, fotocopadoras, alquiler de videos y estudios fotográficos, almacenes deportivos, joyerías, artículos para el hogar, restaurantes y que desarrollen como actividad complementaria lo siguiente: Recaudo de facturas, venta de lotería a través de sistemas electrónicos, envíos y recepción de giros en moneda nacional.

ARTÍCULO 130. LÍMITE MÁXIMO. Establézcase un límite máximo para todos los contribuyentes del régimen general y especial que nunca podrá exceder los 20 S.M.M.L.V., como impuesto a su cargo por periodo facturado.

ARTÍCULO 131. DEFINICIONES PARA EFECTOS DEL COBRO DEL IMPUESTO.

Para efectos del cobro del impuesto de alumbrado público se establecen las siguientes definiciones:

- 1. Residencial: Los predios o bienes inmuebles destinados a vivienda definidos como tales por la ley y de acuerdo con lo establecido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, -DAÑE-.*
- 2. Industrial: Se consideran industriales los inmuebles dedicados a la producción, extracción, fabricación, confección, preparación, reparación, manufactura o ensamblaje de cualquier clase de materiales o bienes y, en general, todo proceso de transformación por elemental que éste sea.*
- 3. Comercial y/o de servicio: Son los predios o bienes inmuebles destinados a actividades comerciales y/o de servicio definidas como tales por la normativa vigente.*
- 4. Oficial: Los predios o bienes inmuebles destinados a actividades institucionales u ocupados por entidades oficiales del orden nacional, departamental o municipal (no incluidos en los ordinales anteriores).*
- 5. Autogenerador: Es el generador que produce energía exclusivamente para atender sus propias necesidades.*

ARTÍCULO 132. DESTINACIÓN. El impuesto de alumbrado público como actividad inherente al servicio de energía eléctrica se destina exclusivamente a la prestación, mejora, modernización y ampliación de la prestación del servicio de alumbrado público, incluyendo suministro, administración, operación, mantenimiento, expansión y desarrollo tecnológico asociado.

El recaudo del impuesto también podrá destinarse a la actividad de iluminación ornamental y navideña en los espacios públicos del Municipio.

ARTÍCULO 133. RECAUDO, LIQUIDACIÓN Y FACTURACIÓN. Son agentes de recaudo del impuesto de alumbrado público en el Municipio de Pacora, las empresas comercializadoras de energía que prestan servicios públicos domiciliarios a los sujetos pasivos señalados en el presente Capítulo.

Los agentes de recaudo liquidarán mensualmente el impuesto en las cuentas o facturas que expidan para el cobro del servicio de energía o en cualquier documento que utilicen para cobrar por los servicios prestados.

El recaudo del impuesto de alumbrado público efectuado por los comercializadores de energía, deberá ser transferido al Municipio de Pácora dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes al de su recaudo. El incumplimiento de lo anterior, o de cualquier otra obligación a cargo de los agentes, dará lugar a la aplicación al régimen sancionatorio establecido en el presente Estatuto para los agentes de retención y recaudo, sin perjuicio de la responsabilidad penal contemplada en el artículo 402 del Código Penal.

El servicio o actividad de liquidación, facturación y recaudo del impuesto no tendrá ninguna contraprestación para quien lo realice ni será necesaria la suscripción de convenios, a menos que

la administración tributaria lo considere procedente.

PARÁGRAFO 1. El Municipio de Pácora efectuará la liquidación y recaudo del impuesto de alumbrado público generado por los sujetos pasivos que no son usuarios de servicios públicos domiciliarios, en períodos semestrales durante el año calendario.

Así mismo podrá reasumir en cualquier momento la facturación y recaudo del impuesto de alumbrado público, situación que deberá ser comunicada oportunamente a los agentes de recaudo.

PARÁGRAFO 2. La administración municipal podrá establecer valor compensatorio a favor de los agentes retenedores que se designen, el cual deberá ser calculado sobre el recaudo efectivo reportado por los agentes retenedores en su declaración y sin exceder el tres y medio por ciento (3,5%) del mismo. Este reconocimiento será discrecional de la administración.

PARÁGRAFO 3. A los contribuyentes que no fuere posible cobrarles el tributo mediante la gestión del agente retenedor o del procedimiento de cobro no bancarizado, éste será cobrado directamente por la administración municipal, a través de sus propios mecanismos.

ARTÍCULO 134. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Los agentes de recaudo establecidos en el artículo anterior, responderán solidariamente por el impuesto de alumbrado público que dejen de facturar a los sujetos pasivos del gravamen.

ARTÍCULO 135. INFORMACIÓN EXÓGENA. La Secretaría de Hacienda del Municipio podrá establecer, mediante resolución, la obligación de reportar información exógena a los agentes de recaudo del impuesto de alumbrado público, con relación a las funciones que realizan.

Los plazos, contenido de la información, especificaciones técnicas y demás condiciones, serán establecidas en la resolución proferida por la Secretaría de Hacienda”.

Ahora bien, sobre el impuesto de alumbrado público, la Ley 1819 de 2016, “Por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 349. Los municipios y distritos podrán, a través de los concejos municipales y distritales, adoptar el impuesto de alumbrado público. En los casos de predios que no sean usuarios del servicio domiciliario de energía eléctrica, los concejos municipales y distritales podrán definir el cobro del impuesto de alumbrado público a través de una sobretasa del impuesto predial.

*El hecho generador del impuesto de alumbrado público es el beneficio por la prestación del servicio de alumbrado público. **Los sujetos pasivos, la base gravable y las tarifas serán establecidos por los concejos municipales y distritales.** /Resaltado fuera del texto original/*

Los demás componentes del impuesto de Alumbrado Público guardarán principio de consecutividad con el hecho generador definido en el presente artículo. Lo anterior bajo los principios de progresividad, equidad y eficiencia.

PARÁGRAFO 1o. Los municipios y distritos podrán optar, en lugar de lo establecido en el presente artículo, por establecer, con destino al servicio de alumbrado público, una sobretasa que no podrá ser superior al 1 por mil sobre el avalúo de los bienes que sirven de base para liquidar el impuesto predial.

Esta sobretasa podrá recaudarse junto con el impuesto predial unificado para lo cual las administraciones tributarias territoriales tendrán todas las facultades de fiscalización, para su control, y cobro.

PARÁGRAFO 2o. *Dentro de los seis (6) meses siguientes a la expedición de la presente ley, el Gobierno nacional reglamentará los criterios técnicos que deben ser tenidos en cuenta en la determinación del impuesto, con el fin de evitar abusos en su cobro, sin perjuicio de la autonomía y las competencias de los entes territoriales”.*

A su vez, el artículo 351 de la mencionada ley, consagra:

ARTÍCULO 351. *En la determinación del valor del impuesto a recaudar, los municipios y distritos deberán considerar como criterio de referencia el valor total de los costos estimados de prestación en cada componente de servicio. **Los Municipios y Distritos deberán realizar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público, de conformidad con la metodología para la determinación de costos establecida por el Ministerio de Minas y Energía, o la entidad que delegue el Ministerio.** /Destaca la Sala/*

La Corte Constitucional, en sentencia C-130 de 2018 mediante la cual se declaró exequible el citado artículo, que justifica la necesidad del estudio técnico previo a la determinación de las tarifas, precisó:

“Sobre este apartado de la norma, la Sala considera que la intervención del legislador con la delegación que hace al Ministerio de Minas y Energía o la entidad que este delegue, se refiere a una metodología que determinará los costos del valor del impuesto a recaudar, pero que esta metodología es de carácter general y tiene como objetivo fijar los aspectos básicos para el cobro en aras de la armonización y homogenización entre los distintos distritos y municipios para evitar los excesos y sobrecostos, en donde no se aprecia que se vulnere la autonomía territorial, ni el principio de legalidad tributaria, ya que se enmarca dentro de la posibilidad reglamentaria y no legal de establecer cuestiones técnicas, específicas y cambiantes que no pueden ser establecidas definitivamente por el legislador.

139. En este caso la Sala estima que la norma cumple con un fin constitucionalmente legítimo, cual es evitar los abusos y la disparidad en el cobro de este servicio público dentro de los distintos municipios y distritos, pero sin que dicha regulación elimine la autonomía que tienen las entidades territoriales de fijar los elementos básicos del tributo, incluyendo las tarifas. Se trata de una metodología que funciona como un parámetro o marco que deben tener en cuenta los municipios y distritos, en imponer un “límite del impuesto sobre el servicio de alumbrado público”, para que estas entidades territoriales puedan llegar a hacer más eficaz el cobro, sin que se llegue a vulnerar con esta potestad la autonomía territorial en materia financiera de los municipios y distritos.”

En consonancia con lo anterior, el Decreto 943 de 2018³ dispone:

“ARTÍCULO 10. *Modifíquese el artículo 2.2.3.6.1.8 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, el cual quedará así:*

“ARTÍCULO 2.2.3.6.1.8. Metodología para la determinación de los costos por la prestación

³ “Por el cual se modifica y adiciona la Sección 1, Capítulo 6 del Título III del Libro 2 del Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Minas y Energía, 1073 de 2015, relacionado con la prestación del servicio de alumbrado público”

del servicio de alumbrado público. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 351 de la Ley 1819 de 2016, para la determinación del valor del impuesto a recaudar, los municipios y distritos deberán considerar como criterio de referencia el valor total de los costos estimados de prestación en cada componente de servicio. Los Municipios y Distritos deberán realizar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público, de conformidad con la metodología para la determinación de costos que establezca el Ministerio de Minas y Energía, o la entidad que delegue dicho Ministerio, pudiendo recaer dicha delegación en la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

(...)

PARÁGRAFO. Mientras el Ministerio de Minas y Energía o la entidad que para estos efectos sea delegada, no establezca la metodología para la determinación de los costos por la prestación del servicio de alumbrado público, se seguirá aplicando la metodología establecida en la Resolución CREG 123 de 2011 y todas aquellas Resoluciones que la modifiquen, adicionen o complementen que para los efectos se entienden vigentes". /Se resalta/

Por lo tanto, la exigencia de un estudio técnico previo que sirva como referencia para la determinación de los costos de la prestación del servicio de alumbrado público, hace parte del marco legal aplicable para la determinación de la tarifa del referido impuesto. Se trata de disposiciones legales mediante las cuales el Estado ejerce la competencia de regulación y control sobre la prestación de los servicios públicos, a fin de evitar excesos en su cobro y garantizar la adecuada retribución de los costos que su prestación implica.

En el caso concreto, el municipio al responder el requerimiento formulado por este Tribunal para que allegara el estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio de alumbrado público, que sirvió como base para la expedición del Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021, precisó que el mismo no existe.

Téngase en cuenta además que, las normas que exigen el estudio técnico que en este caso echa de menos el Departamento de Caldas a través de su Secretaría Jurídica, no contemplan ninguna excepción frente a su aplicación y alcance; luego, tampoco se halla por parte de esta Sala de Decisión justificación para su inobservancia.

Por lo tanto, el incumplimiento de este requisito de procedimiento incide en la legalidad sustancial del acto administrativo, en los artículos pertinentes, en la medida en que desconoce un precepto legal de insoslayable acatamiento en orden a garantizar el debido proceso y las formalidades propias para la expedición de este tipo de actos por parte de una Corporación Edilicia.

Por lo tanto, si bien el departamento solicitó se declare la invalidez de todos los artículos del Capítulo IX "IMPUESTO ALUMBRADO PÚBLICO" del Acuerdo 021 de 2021, la Sala observa que, los únicos que hacen referencia a la tarifa del impuesto son: los artículos 124 (ELEMENTOS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO) numeral 5 (TARIFA); 126 (VALOR DEL IMPUESTO); 127 (CRITERIOS PARA DEFINIR EL FACTOR APLICABLE A LA BASE GRAVABLE); 128 (CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN GENERAL); 129 (CONTRIBUYENTES DEL RÉGIMEN ESPECIAL) y 130 (LÍMITE MÁXIMO), por lo tanto, solo respecto de estos artículos se declarará la invalidez.

Finalmente, es de anotar que este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse ante similar problema jurídico en el caso del Estatuto de Rentas del municipio de Aguadas, en sentencia de 09 de julio de 2021, dentro del expediente 17001233300020210009200, por lo que en esta oportunidad reitera la hermenéutica plasmada en esa providencia.

3.4. Conclusión

Colofón de lo expuesto, se declarará la invalidez de los artículos 124 numeral 5, 126, 127, 128, 129 y 130 del Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021 *“Por medio del cual se deroga el Acuerdo 024 de diciembre 05 de 2013 y se adopta el Estatuto Tributario del Municipio de Pacora-Caldas”*; a través de los cuales se regula la tarifa del impuesto de alumbrado público, toda vez que el Municipio debió realizar y elaborar un estudio técnico de referencia de determinación de costos de la prestación del servicio. Los demás artículos, por no hacer referencia a la tarifa del impuesto conservan su validez.

La invalidez de las referidas disposiciones conlleva a que recobren vigencia los artículos equivalentes del Acuerdo 024 del 05 de diciembre de 2013, que habían sido derogados por el Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021⁴.

4. Segundo problema jurídico *¿El Artículo 346, numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021, que establece como causal de nulidad de los actos de contenido tributario: “Cuando no se notifiquen dentro del término legal”, desbordó el marco legal en el que debía insertarse?*

4.1. Tesis del Tribunal

El artículo 346, numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021, que establece como causal de nulidad de los actos de contenido tributario: *“Cuando no se notifiquen dentro del término legal”*, es inválido toda vez que, desbordó el marco legal en el que debía insertarse, en la medida que, es la reproducción del otrora numeral 3 del artículo 730 del Estatuto Tributario Nacional, derogado por la Ley 2010 de 2019.

Para sustentar lo anterior se hará referencia a: i) la norma cuestionada; ii) el marco normativo aplicable y iii) el análisis del caso concreto.

4.2. Norma cuestionada

El artículo 346, numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021 establece:

*“ARTÍCULO 346. CAUSALES DE NULIDAD. Los actos de liquidación de impuesto y resolución de recursos, proferidos por la Secretaria de Hacienda, son nulos: (...)
3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal”.*

4.3. Marco normativo

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. C.P.: Cesar Palomino Cortes. Sentencia de 8 de septiembre de 2017. Rad.: 11001-03-25-000-2010-00065-00(0686-10)

En su redacción original, el artículo 730 del Estatuto Tributario Nacional contemplaba la misma causal de anulación de los actos tributarios que es motivo de examen por el Tribunal, según el siguiente tenor:

“Los actos de liquidación de impuestos y resolución de recursos, proferidos por la Administración Tributaria, son nulos: (...)

3. Cuando no se notifiquen dentro del término legal”.

Esta norma fue derogada por el artículo 122 de la Ley 1943 de 2018, no obstante, esta fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-481 de 2019⁵ por vicios de forma, declaratoria que dispuso que operaría desde el 1° de enero de 2020 con el fin de que el Congreso de la República volviera a expedir el régimen que ratificara, derogara, subrogara o modificara el contenido de la norma inexecutable.

Finalmente, fue proferida la Ley 2010 de 2019 que estableció en el artículo 120:

“La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga (...) el numeral 3 del artículo 730 del Estatuto Tributario. A partir del 1 de enero de 2020, deróguese el artículo 312 de la Ley 1819 de 2016 (...)” (Se resalta).

4.4. Análisis sustancial

Ante este panorama, la preceptiva adoptada por el Concejo Municipal de Pácora carece de sustento legal, en la medida que es una reproducción del otrora numeral 3 del artículo 730 del Estatuto Tributario, derogado por la Ley 2010 de 2019; por lo que también le asiste razón al departamento de Caldas al afirmar que el artículo 346 numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021 desbordó el marco legal en el que debía insertarse, pues como se ha indicado, la atribución para dictar este tipo de normas debe desarrollarse dentro de los precisos límites trazados por el legislador.

Finalmente, es de anotar que este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse ante similar problema jurídico en el caso del Estatuto de Rentas del municipio de Aranzazu, en sentencia de 11 de febrero de 2022, dentro del expediente 17001233300020210025600, por lo que en esta oportunidad reitera la hermenéutica plasmada en esa providencia.

4.5. Conclusión

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal declarará la invalidez del artículo 346, numeral 3 del Acuerdo 021 de 2021.

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

⁵ M.P. Alejandro Linares Cantillo

Primero: Declarar la invalidez de los artículos 124 numeral 5, 126, 127, 128, 129, 130 y 346, numeral 3 del Acuerdo 021 del 15 de diciembre de 2021 “Por medio del cual se deroga el Acuerdo 024 de diciembre 05 de 2013 y se adopta el Estatuto Tributario del Municipio de Pacora-Caldas”.

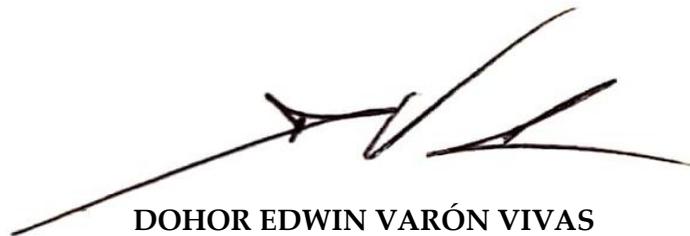
Segundo: Negar las demás pretensiones del solicitante.

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

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Sentencia No. 130

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicado: 17-001-23-33-000-2022-00058-00
Naturaleza: Validez de Actos Administrativos
Demandante: Departamento de Caldas
Demandados: Municipio de Supía (Caldas)

Se emite fallo, con ocasión a la solicitud de estudio de validez, respecto del Decreto 004 del 17 de enero de 2022 *“Por medio del cual se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas”*, y el Decreto 009 del 27 de enero de 2022 *“Por medio del cual se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas”*.

I. Antecedentes

1. Sustento fáctico

Se expone en la solicitud que, el Concejo de Supía aprobó el Acuerdo 021 del 02 de diciembre de 2021 *“Por medio del cual se fija el presupuesto de rentas, gastos e inversión del Municipio de Supía (Caldas) para la vigencia fiscal del 2022”* en sus debates reglamentarios para un primer debate en Comisión el 17 de noviembre de 2021 y para un segundo debate en Plenaria el 27 de noviembre de 2021; y fue sancionado por el Alcalde el 01 de diciembre de 2021.

Que el 17 y 27 de enero de 2022, el Ejecutivo Municipal de Supía expidió el Decretos 004 *“Por medio del cual se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas”*, y el Decreto Nro. 009 *“Por medio del cual se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas”*, y el 27 de enero y 01 de febrero de 2022, fueron radicados vía correo electrónico ante la Gobernación de Caldas para su revisión, de acuerdo a la competencia otorgada por el artículo 305 numeral 10 de la Constitución.

2. Normas violadas y concepto de la violación

El departamento formula los siguientes cargos contra los referidos decretos:

2.1. En cuanto a los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto 004 del 17 de enero de 2022:

ARTICULO PRIMERO. Son válidos y legales los recursos adicionados y legales los recursos adicionados por valor de \$1.176.521.377, rubro 1.1.02.06.006.06.004, correspondientes a cofinanciación, pues está permitido por la Ley, hacerse por Decreto.

En cuanto a los \$33.600.000, del rubro 1.1.02.02, tasas y derechos administrativos NO PROCEDE, debieron ser sometidos a consideración del Concejo Municipal, por ser de su competencia y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.

ARTICULO SEGUNDO. En consecuencia con lo referenciado en el artículo primero, NO PROCEDE la adición de recursos por valor de \$1.719.867.161... se debió tramitar ante el Concejo Municipal.

ARTÍCULO TERCERO. Sólo procede la adición en el gasto, los recursos correspondientes a los \$1.176.521.377, por Cofinanciación, referenciado en el artículo Primero, los restantes \$33.600.000, del rubro 2.3.2.02.02.009.007, agropecuario, debieron haberse tramitado, mediante el proyecto de Acuerdo.

ARTÍCULO CUARTO. NO PROCEDE, la Adición en el Gasto por \$1.719.867.161, no son de Cofinanciación ni de regalías; se debieron tramitar ante el Concejo Municipal, por ser de su competencia y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.

ARTÍCULO QUINTO. NO PROCEDE LA ADICIÓN en el Gasto por las siguientes consideraciones:

- a. Referencia el rubro 2.3 como FUNCIONAMIENTO, siendo realmente, INVERSIÓN.*
- b. Está modificando partida que aprobó el Concejo, desagregadamente, siendo entonces competencia del Concejo su modificación y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.*

ARTÍCULO SEXTO. NO PROCEDE por ser competencia del Concejo, su adición por valor de \$53.020.524 y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.

2.2. En cuanto a los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 009 del 27 de enero de 2022:

ARTICULO PRIMERO. NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.

ARTÍCULO SEGUNDO. NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.

ARTÍCULO TERCERO. NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.

ARTÍCULO CUARTO. NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.

En síntesis señaló que, es un mandato de obligatorio cumplimiento, como lo disponen los

artículos 313, numeral 5, 315, numerales 3 y 8, 345, 346, 347, 352 y 353 de la Constitución, el artículo 18, numeral 9 al 29, literal g de la Ley 1551 de 2012, artículos 83, 84 y 109 del Decreto 111 de 1996 que el Ejecutivo Municipal mediante Decreto no puede realizar modificaciones o variación al presupuesto en las partidas globales entre estas están las modificaciones, operaciones presupuestales, incorporar adiciones, reajustar, crear rubros y efectuar traslados entre otros. Preceptos que no fueron respetados por el Ejecutivo Municipal de Supía con la expedición de los Decretos 004 y 009 del 17 y 27 de enero de 2022 respectivamente. Si el Concejo no se encontrare sesionando el Ejecutivo tiene la potestad de convocarlos a sesiones extraordinarias.

Que al no observarse las normas enunciadas por el Ejecutivo Municipal de Supía, esta situación comporta un vicio en el proceso de formación de los Decretos Municipales 004 y 009 de enero de 2022, y por ende afecta su validez por expedición irregular.

3. Pronunciamiento de los sujetos procesales

El Municipio de Supía se opuso a las solicitudes de declaración de invalidez, aceptó como ciertos los hechos referentes a la expedición del Acuerdo 021 del 02 de diciembre de 2021 y los decretos cuestionados. Preciso que, con fundamento en el artículo 15 del Acuerdo 021 de 2021 para la época de expedición de los decretos municipales, el alcalde se encontraba facultado para ejercer *pro tempore*, las facultades del concejo municipal en el sentido de modificar, adicionar y crear rubros, “...por el período comprendido entre el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2022.”

De modo tal que, el Decreto 04 del 17 de enero de 2022 realizó unas adiciones en el presupuesto general de ingresos del municipio, de la vigencia fiscal 2022 y en atención a las solicitudes presentadas por las distintas secretarías de despacho, el Alcalde sancionó el Decreto 009 del 27 de enero de 2022 mediante el cual realiza unas adiciones al presupuesto general.

Indicó que, las facultades expedidas por los órganos colegiados (Congreso, asambleas y concejos) para que el ejecutivo ejerza funciones que corresponden a aquellos, deben expedirse siempre atendiendo a los condicionamientos establecidos por las normas que los regulan (Constitución Política artículos 150-10, 300-9 y 313-3), esto es que sean precisas y *pro tempore*, situación que se configura, pues a través de los referidos decretos se adiciona y traslada recursos, facultades que le fueron otorgadas por el Concejo Municipal.

Que, no existe una prohibición absoluta de concesión de facultades para la modificación del presupuesto por parte del alcalde, sino simplemente relativa, pues, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas por el Concejo en el Acuerdo 021 de 2021, si lo podía hacer.

Por último señaló que, los actos administrativos están amparados por la presunción de legalidad de que trata el artículo 88 del CPACA hasta tanto no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

II. Consideraciones

1. Competencia y procedibilidad del medio de control

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

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

2. Problema jurídico

De acuerdo con lo expuesto por las partes, el asunto jurídico se centra en establecer: *¿Los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto 004 del 17 de enero de 2022, y los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto 009 del 27 de enero de 2022”, son inválidos, toda vez que el Ejecutivo Municipal mediante Decreto no podía realizar modificaciones al presupuesto?*

3. Tesis del Tribunal

Los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto 004 del 17 de enero de 2022 *“Por medio del cual se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas”*, y 1, 2, 3 y 4 del Decreto 009 del 27 de enero de 2022 *“Por medio del cual se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas”*, son inválidos toda vez que, el Alcalde no se encontraba legalmente facultado para realizar dichas modificaciones al presupuesto y si bien no hay norma expresa que prohíba al Concejo autorizar *pro tempore* al mencionado mandatario para realizar modificaciones o adiciones al presupuesto, tal prohibición deriva de los artículos 345, 346 y 247 de la Constitución Política.

Para sustentar lo anterior se hará referencia a: i) los hechos acreditados, ii) Marco jurídico sobre las competencia para modificar el presupuesto municipal; y ii) el análisis del caso.

4. Hechos acreditados

- El Concejo de Supía aprobó el Acuerdo 021 del 02 de diciembre de 2021 *“Por medio del cual se fija el presupuesto de rentas, gastos e inversión del Municipio de Supía (Caldas) para la vigencia fiscal del 2022”* en el que en lo pertinente dispuso:

ARTÍCULO 15: Incremento o Adiciones y Traslados Presupuestales: Sepresenta (sic) cuando durante le ejecución del presupuesto general del Municipio sea 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 por el Concejo o por la Alcaldía, de acuerdo con las siguientes condiciones:

...

PARÁGRAFO 1: Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, y con fundamento en lo señalado en el Artículo 313 de la Constitución Nacional que en su numeral 3 faculta a los Concejos municipales para autorizar al Alcalde para ejecutar pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo; se autoriza pro tempore al Alcalde Municipal de SUPÍA (Caldas) para MODIFICAR, ADICIONAR, ACREDITAR Y CONTRACREDITAR Y CREAR RUBROS EN EL PRESUPUESTO DE RENTAS Y GASTOS E INVERSIÓN DEL MUNICIPIO DE SUPÍA CALDAS PARA LA VIGENCIA DEL 2022”, por los siguientes conceptos:

- a) Dar cumplimiento a los convenios y/o contratos suscritos con personas de cualquier naturaleza.*
- b) Dar cumplimiento a los Documentos Conpes dictados por el Gobierno Nacional.*
- c) Aprovechar los recursos del Sistema General de Regalías.*
- d) Aprovechar el superávit fiscal, los recursos del Balance y las reservas presupuestales.*
- e) Llevar a buen término la gestión administrativa del municipio y asegurar el cumplimiento de los fines de la entidad territorial. (...).*

ARTÍCULO 16: De la Incorporación mediante Decreto: El alcalde municipal podrá incorporar al presupuesto de la vigencia, mediante decreto, 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. Los recursos aquí previstos, así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal. Una vez el ejecutivo incorpore estos recursos deberá informar al Concejo Municipal dentro de los diez (10) días siguientes; dando cumplimiento al Literal g) artículo 29 de la Ley 1551 de 2012.

(...).

ARTÍCULO 49: Se faculta al alcalde para adicionar y modificar las apropiaciones presupuestales, producto de un mayor ingreso con recursos propios, convenios, y transferencias nacionales en el presupuesto de gastos durante la vigencia fiscal año 2022. En consecuencia, podrá incorporar los recursos adicionales resultantes de mayores recaudos, los provenientes del superávit fiscal de la vigencia anterior, las vigencias expiradas y las Resoluciones emitidas por la Dirección Territorial de Salud de Caldas para realizar contratación correspondiente con cada una de las EPS, así como los ajustes definidos por el Departamento Nacional de Planeación del Sistema General de Participaciones según los documentos CONPÉS y/o Documentos de Distribución de los Recursos del SGP, que se emitan.”

- El Alcalde de Supía expidió el Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y el Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 a través de los cuales, “se efectúan modificaciones en el presupuesto de ingresos y gastos de la vigencia fiscal 2022 del Municipio de Supía Caldas.

5. Marco jurídico - competencia para modificar al presupuesto municipal

El numeral 5º del artículo 313 de la Constitución Política señala que, a nivel municipal, al Concejo le corresponde “Dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos”. Asimismo, establece:

“Artículo 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”.

Artículo 346. *El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.*

Artículo 347. *El proyecto de ley de apropiaciones deberá contener la totalidad de los gastos que el Estado pretenda realizar durante la vigencia fiscal respectiva. Si los ingresos legalmente autorizados no fueren suficientes para atender los gastos proyectados, el Gobierno propondrá, por separado, ante las mismas comisiones que estudian el proyecto de ley del presupuesto, la creación de nuevas rentas o la modificación de las existentes para financiar el monto de gastos contemplados. El presupuesto podrá aprobarse sin que se hubiere perfeccionado el proyecto de ley referente a los recursos adicionales, cuyo trámite podrá continuar su curso en el período legislativo siguiente. (Se resalta)*

En concordancia con lo anterior, el numeral 9º 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.*

(...)

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. (Se resalta)*

A su vez, el artículo 352 superior dispone: “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”; y el artículo 353

señala: “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”.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto –EOP-, esto es, el Decreto 111 de 1996¹ en los artículos 76 a 88 establece las reglas para la modificación del presupuesto, que son aplicables a las entidades territoriales en virtud de lo dispuesto en los artículos 352 y 353 Constitucionales, y 109² del mismo estatuto; que en lo pertinente, señalan:

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 estimare 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 347 de la Constitución Política; o que no se perfeccionen los recursos del crédito autorizados; o que la coherencia macroeconómica así 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 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.*

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.

² “(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. {...)” (Negrilla fuera del texto original)

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 contracréditos a la ley de apropiaciones (L. 38/89, art. 67).*

...

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. 2^o).*

Así, las modificaciones al presupuesto pueden ser de tres tipos, a saber: reducción o aplazamiento de las apropiaciones presupuestales; adiciones al presupuesto o créditos adicionales y traslados presupuestales. El Consejo de Estado³, al referirse a esas figuras, 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.

³ Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Radicación No. 1.889; 11001-03-06-000-2008-0022-00

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”.

De acuerdo a lo anterior, las adiciones presupuestales y que servirán de base para abrir créditos (gastos) adicionales o para aumentar los existentes, necesariamente deben ser tramitadas por el Congreso a iniciativa del Gobierno “*porque se están variando las partidas que el mismo Congreso aprobó*”⁴. Trasladado lo anterior a las entidades territoriales, el Consejo de Estado ha sido enfático al afirmar que “*la competencia para modificar o adicionar el presupuesto de rentas del municipio radica en el Concejo Municipal a iniciativa del Alcalde, teniendo en cuenta los principios constitucionales y los principios contenidos en la Ley Orgánica del Presupuesto*”, de forma que no puede este último directamente ejercer una atribución que de manera exclusiva y excluyente le corresponde al cabildo municipal.

Por otra parte, el artículo 29 literal g) de la Ley 1551 de 2012, “*Por la cual se dictan normas para la organización y el funcionamiento de los municipios*”, que modificó el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 que consagra las funciones a cargo de los Alcaldes, señaló que es una de ellas:

“g) Incorporar dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, 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. Los recursos aquí previstos así como los correspondientes a seguridad ciudadana provenientes de los fondos territoriales de seguridad serán contratados y ejecutados en los términos previstos por el régimen presupuestal...”.

Además indicó que, una vez el Alcalde incorpore esos recursos, debe informar al Concejo Municipal dentro de los 10 días siguientes.

Por otra parte, el numeral 3 del artículo 313 de la Constitución preceptúa que los Concejos están facultados para autorizar al Alcalde respectivo para ejercer *pro tempore* precisas funciones de las que corresponden a aquel, sin embargo, la mentada disposición no cubija las adiciones al presupuesto, so pena de verse quebrantados los principios democráticos y de legalidad.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C- 357 de 1994 sostuvo que, es una facultad que atañe únicamente al Congreso y que es inconstitucional que la ley de presupuesto otorgue al Gobierno una prerrogativa que la Constitución no le confirió. En esa misma oportunidad, la Alta Corte concluyó que “*...si el Gobierno pretende aumentar las apropiaciones presupuestales con el fin previsto en el artículo 71, deberá acudir al Congreso, para que se modifique el Presupuesto, mediante la apertura de los créditos adicionales que sean necesarios...*”.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Sentencia de 16 de octubre de 2014. Rad. 66001-23-33-000-2013-00222-01(PI)

Posteriormente, en Sentencia C-772 de 1998 precisó que, el presupuesto es una expresión de la separación de poderes y un mecanismo de racionalización de la actividad estatal, que como tal le corresponde expedir al Congreso en cuanto órgano de representación popular. Igualmente reiteró que, la modificación del presupuesto, en cumplimiento del principio de legalidad, le corresponde al legislador ordinario en tiempos de paz, y al extraordinario cuando se declaren estados de excepción. Así dijo la Corte:

“La Ley Orgánica de Presupuesto, actualmente compilada en el Decreto 111 de 1996, prevé en sus artículos 83 y 84 la posibilidad de que el Gobierno Nacional introduzca directamente modificaciones al presupuesto general de la Nación, a través de créditos adicionales y traslados, pero única y exclusivamente para atender gastos ocasionados por la declaratoria de estados de excepción.

(...)

Es decir, que en desarrollo del mandato del artículo 352 superior, el legislador, en la correspondiente ley orgánica de presupuesto, introdujo una excepción al principio rector que señala que la modificación del mismo es competencia del Congreso, tal excepción encuentra fundamento constitucional precisamente en la norma superior citada, pues en ella el Constituyente le atribuyó de manera expresa al legislador la facultad, para, a través de una ley orgánica, regular entre otros aspectos, el relativo a la modificación del presupuesto.

El citado artículo 83 del Estatuto Orgánico de Presupuesto, establece que en esos casos la fuente del gasto público será el decreto que declare el estado de excepción, es decir el correspondiente decreto legislativo (...).

Queda claro entonces, que el presupuesto general de la Nación solamente puede ser modificado por el legislador, salvo en los casos de declaratoria de estados de excepción, (arts. 213, 215 C.P.), en los cuales está habilitado para hacerlo el gobierno nacional, tal como lo establece el Estatuto Orgánico de Presupuesto, lo que equivale a señalar que en tiempos de normalidad el presupuesto sólo puede ser modificado por el Congreso, mientras que en los casos de perturbación del orden económico y social, el ejecutivo, previa la declaratoria del estado de excepción (...).” (Negrillas fuera de texto)

Y en sentencia C-206 de 25 de junio de 2020 la Corte Constitucional⁵ reiteró que:

“La Constitución establece en los artículos 346 y 347 el principio de legalidad del presupuesto, o la reserva de ley para su expedición, modificación o adición, en atención a la importancia del principio democrático para adoptar decisiones relacionadas con el uso y la destinación de los recursos públicos⁶, de conformidad con el cual, para que los gastos efectivamente se ejecuten, las partidas deben aprobarse por el Congreso al expedir la ley anual de presupuesto. Así, en tiempos de normalidad

⁵ Referencia: Expediente RE-297. Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 572 de 2020 “por el cual se adiciona el Presupuesto General de la Nación de la vigencia fiscal de 2020 y se efectúa su correspondiente liquidación, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020”. Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas.

⁶ Cfr. sentencias C-006/12, C-192/97 y C-685/96.

institucional, la regla general es que no se podrá hacer erogación o gasto alguno con cargo al tesoro público, ni transferir créditos que no se encuentren en el presupuesto de gastos decretados por el Congreso, las asambleas departamentales, o los concejos distritales o municipales⁷.

De acuerdo al marco normativo y jurisprudencial expuesto, se concluye que: (i) la competencia para adicionar el presupuesto es exclusiva del Concejo Municipal, a iniciativa del Alcalde y, en consecuencia, (ii) al Alcalde le está vedado adicionar el presupuesto directamente, (iii) si bien no hay norma expresa que prohíba al Concejo autorizar *pro tempore* al mencionado mandatario para realizar modificaciones o adiciones al presupuesto, tal prohibición deriva de los artículos 345, 346 y 247 de la Constitución Política.

6. Análisis sustancial del caso

A continuación se realiza un cuadro comparativo entre los artículos cuestionados y los cargos formulados por el departamento de Caldas:

Decreto 004 del 27 de enero de 2022	Cargo Formulado
<p><i>ARTÍCULO PRIMERO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto general de ingresos del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.210.121.377,00).</i></p> <p>(...)</p> <p><i>PARÁGRAFO PRIMERO: Crear los rubros con nota CREAR, señalados en el Artículo 1 en el presupuesto de ingresos.</i></p>	<p><i>Son válidos y legales los recursos adicionados por valor de \$1.176.521.377, rubro 1.1.02.06.006.06.004, correspondientes a cofinanciación, pues está permitido por la Ley, hacerse por Decreto.</i></p> <p><i>En cuanto a los \$33.600.000, del rubro 1.1.02.02, tasas y derechos administrativos NO PROCEDE, debieron ser sometidos a consideración del Concejo Municipal, por ser de su competencia y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.</i></p>
<p><i>ARTÍCULO SEGUNDO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto de ingresos del Fondo Local de Salud del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de MIL SETECIENTOS DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1.719.867.161).</i></p>	<p><i>En consecuencia con lo referenciado en el artículo primero, NO PROCEDE la adición de recursos por valor de \$1.719.867.161. se debió tramitar ante el Concejo Municipal.</i></p>

⁷ Cfr. sentencia C-434/17. "Artículo 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". Ver también la sentencia C-146/09.

<p>ARTÍCULO TERCERO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto general de gastos del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES CIENTO VEINTIÚN MIL TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.210.121.377,00). (...) PARÁGRAFO PRIMERO: Crear los rubros con nota CREAR, señalados en el Artículo 3 en el presupuesto de gastos.</p>	<p>Sólo procede la adición en el gasto, los recursos correspondientes a los \$1.176.521.377, por Cofinanciación, referenciado en el artículo Primero, los restantes \$33.600.000, del rubro 2.3.2.02.02.009.007, agropecuario, debieron haberse tramitado, mediante el proyecto de Acuerdo.</p>
<p>ARTÍCULO CUARTO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto de gastos del Fondo Local de Salud del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de MIL SETECIENTOS DIECINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y UN PESOS M/CTE (\$1.719.867.161). (...)</p>	<p>NO PROCEDE, la Adición en el Gasto por \$1.719.867.161, no son de Cofinanciación ni de regalías; se debieron tramitar ante el Concejo Municipal, por ser de su competencia y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.</p>
<p>ARTÍCULO QUINTO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar los siguientes traslados en el presupuesto general de gastos del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de NOVENTA Y CINCO MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$95.188.875). (...)</p>	<p>NO PROCEDE LA ADICIÓN en el Gasto por las siguientes consideraciones: -Referencia el rubro 2.3 como FUNCIONAMIENTO, siendo realmente, INVERSIÓN. - Está modificando partida que aprobó el Concejo, desagregadamente, siendo entonces competencia del Concejo su modificación y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal.</p>
<p>ARTICULO SEXTO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar los siguientes traslados en el presupuesto de gastos del Fondo Local de Salud del Municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de CINCUENTA Y TRES MILLONES VEINTE MIL QUINIENOS VEINTICUATRO PESOS M/CTE (\$53.020.524). (...)"</p>	<p>NO PROCEDE por ser competencia del Concejo, su adición por valor de \$53.020.524 y no mediante decreto expedido por el Ejecutivo Municipal</p>
<p>Decreto 009 del 01 de febrero de 2022</p>	

<p>ARTÍCULO PRIMERO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto general de ingresos del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS M/CTE (\$3.470.238.213,00). (...) PARÁGRAFO: Crear los rubros con nota CREAR, señalados en el Artículo 1 en el presupuesto de ingresos.</p>	<p>NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.</p>
<p>ARTÍCULO SEGUNDO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto de ingresos del Fondo Local de Salud del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS M/CTE (\$263.593.417,74). (...) PARÁGRAFO: Crear los rubros con nota CREAR, señalados en el Artículo 1 en el presupuesto de ingresos.</p>	<p>NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.</p>
<p>ARTÍCULO TERCERO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto general de gastos del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS M/CTE (\$3.470.238.213,00). (...) PARÁGRAFO: Crear los rubros con nota CREAR, señalados en el Artículo 1 en el presupuesto de ingresos.</p>	<p>NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.</p>
<p>ARTÍCULO CUARTO: Teniendo en cuenta los considerandos anteriores, efectuar las siguientes adiciones en el presupuesto de gastos del Fondo Local de Salud del municipio de Supía Caldas, de la vigencia fiscal 2022, por valor de DOSCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS CON SETENTA Y CUATRO CENTAVOS M/CTE (\$263.593.417,74). (...) PARÁGRAFO: Crear los rubros con nota CREAR, señalados en el Artículo 1 en el presupuesto de ingresos.</p>	<p>NO PROCEDE, los debió tramitar por Concejo Municipal, por ser de su competencia.</p>

Teniendo en cuenta que, a través de los referidos artículos se dispuso: i) la incorporación de unos ingresos; ii) y unas adiciones y traslados en el presupuesto de gastos; en ese orden se procede a su análisis:

6.1. En torno a la incorporación de ingresos

Las adiciones o incorporaciones de ingresos constituyen un tipo de modificación al presupuesto de rentas y operan básicamente cuando se requiere incorporar recursos inicialmente no contemplados en el presupuesto aprobado y que servirán de base para abrir créditos (gastos) adicionales o para aumentar los existentes.

Como se señaló previamente, la facultad para efectuar este tipo de modificaciones al presupuesto, es del Concejo Municipal a iniciativa del alcalde. Esto significa que en principio, el ejecutivo no puede hacer directamente la adición de recursos al presupuesto; excepto en el evento contemplado en el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012 referente a la incorporación *“dentro del presupuesto municipal, mediante decreto, 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...”*.

Por lo tanto, para la modificación del presupuesto por la incorporación de recursos recibidos por el tesoro municipal como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, no se requiere autorización del Concejo, pues basta que se le informe dentro de los 10 días siguientes a la fecha de expedición del decreto por parte del Alcalde.

De la lectura detenida de los artículos 1, 2 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y 1, 2 del Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 se observa que, se dispuso adicionar el presupuesto de ingresos incluyendo unos diferentes a los recibidos *“como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional”*.

Por lo anterior, se declararán inválidos los referidos artículos, en lo que se refiere a dichos ingresos, por cuanto la facultad para efectuar este tipo de modificaciones al presupuesto, es del Concejo a iniciativa del Alcalde.

6.2. En torno a las adiciones y traslados en el presupuesto de gastos

Como se señaló previamente, el Estatuto Orgánico del Presupuesto –EOP-, esto es, el Decreto 111 de 1996⁸ en el artículo 80, señala que: *“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”*; y en el artículo 88 señaló: *“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”*.

El artículo 72 ibidem, modificado por el artículo 38, Ley 225 de 1995, precisa que: *“Las*

⁸ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dirección General del Presupuesto Público Nacional. *Aspectos Generales del Proceso Presupuestal/ Colombiano* (2ª Ed.). Bogotá: 2011, p. 120.

apropiaciones incluidas en el Presupuesto General de la Nación son autorizaciones máximas de gasto que el Congreso da los organismos y entidades y expiran el 31 de diciembre de cada año.”

El Consejo de Estado⁹, al referirse a esas figuras señaló:

a. 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.

b. 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.

De acuerdo a lo anterior, las adiciones al presupuesto, para aumentar o crear una apropiación; son de competencia del Congreso a iniciativa del Gobierno Nacional; esto es, para el caso de los municipios, al Concejo a iniciativa del Alcalde. Así mismo, el traslado en el presupuesto de gastos, que altere el monto total de los presupuestos de funcionamiento, inversión o servicio de la deuda, en cada sección presupuestal, corresponde aprobarla al Concejo a iniciativa del Alcalde.

De la lectura detenida del artículo 3 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 se observa que, se dispuso adicionar el presupuesto de gastos, incluyendo la suma \$33.600.000, del rubro 2.3.2.02.02.009.007, agropecuario – veterinario. Igualmente en el artículo 4 del referido Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y en los artículos 3 y 4 del Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 se incluyeron adiciones al presupuesto de gastos, las cuales debieron haberse aprobado por el Concejo a iniciativa del Alcalde.

De igual forma, en los artículo 5 y 6 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 se dispusieron unos traslados en el presupuesto de gastos, modificando las partidas y el valor aprobados por el Concejo en el Acuerdo 021 de 2 de diciembre de 2021; por lo tanto, dichos traslados debieron haberse igualmente aprobado por el Concejo a iniciativa del Alcalde.

Por lo anterior, se declarará la nulidad de los referidos artículos por las razones expuestas.

⁹ Consejero Ponente: William Zambrano Cetina. Radicación No. 1.889; 11001-03-06-000-2008-0022-00

Finalmente, es de anotar que este Tribunal ya tuvo ocasión de pronunciarse ante similar problema jurídico, en sentencia de 3 de diciembre de 2021, dentro del expediente 17001233300020210024800, por lo que en esta oportunidad reitera la hermenéutica plasmada en esa providencia.

5. Conclusión

Colofón de lo expuesto, la Sala encuentra que prosperan los cargos propuestos por la gobernación de Caldas, por cuanto:

- A nivel municipal, corresponde al Concejo expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos.
- Las adiciones o traslados del presupuesto que modifiquen los montos aprobados por el Concejo Municipal, deben ser efectuados mediante acuerdo municipal.
- Si el Gobierno Municipal considera necesario que se modifique el presupuesto decretado por el Concejo, debe presentar a esa Corporación el proyecto de acuerdo respectivo, toda vez que como lo ha señalado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, tales decisiones no pueden ser adoptadas por el Alcalde Municipal, ya que la Constitución Política no le atribuye esa facultad.
- Lo anterior, a menos de que se trate de la incorporación de recursos recibidos como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional, pues en ese caso el Alcalde los puede incorporar mediante decreto, de lo cual debe informar al Concejo dentro de los 10 días siguientes.

Por lo anterior, se declararán inválidos los artículos 1, 2 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y 1, 2 del Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 en lo que se refiere a la adición de ingresos, diferentes a los recibidos *“como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional”*, previstos en el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012.

Se declarará inválido el artículo 3 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 en cuanto dispuso adicionar el presupuesto de gastos, incluyendo la suma \$33.600.000, del rubro 2.3.2.02.02.009.007, agropecuario - veterinario. Igualmente se declararán inválidos, el artículo 4 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y los artículos 3 y 4 del Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 que incluyeron adiciones al presupuesto de gastos.

De igual forma, se declararán inválidos los artículos 5 y 6 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 que dispusieron unos traslados en el presupuesto de gastos.

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 de los artículos 1, 2 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y 1, 2 del Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 en lo que se refiere a la adición de ingresos, diferentes a los recibidos *“como cofinanciación de proyectos provenientes de las entidades nacionales o departamentales, o de cooperación internacional”*, previstos en el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012.

Segundo: Declarar la invalidez del artículo 3 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 en cuanto dispuso adicionar el presupuesto de gastos, incluyendo la suma \$33.600.000, del rubro 2.3.2.02.02.009.007, agropecuario - veterinario.

Tercero: Declarar la invalidez del artículo 4 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 y los artículos 3 y 4 del Decreto 009 del 01 de febrero de 2022 que incluyeron adiciones al presupuesto de gastos.

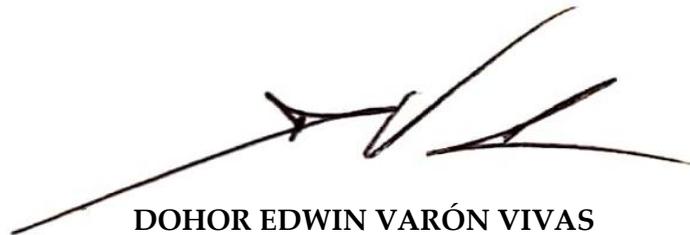
Cuarto: Declarar la invalidez de los artículos 5 y 6 del Decreto 004 del 27 de enero de 2022 que dispusieron unos traslados en el presupuesto de gastos.

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

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

NOTIFICAR

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 032 de 2022.



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Patricia Varela Cifuentes

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

A.I.217

Radicación	17-001-23-33-000-2022-00103-00
Clase:	Validez de Acto Administrativo
Accionante:	Departamento De Caldas
Accionado:	Municipio de Norcasia
Asunto:	Admite Demanda

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 119 del Decreto 1333 de 1986 “Código de Régimen Municipal” y los numerales 4 y 5 del artículo 151 del CPACA, corresponde a este Tribunal pronunciarse respecto a la solicitud de validez de la referencia.

En consecuencia, por reunir los requisitos señalados en la ley y los contenidos en los numerales 2 a 5 del artículo 162 del CPACA, se resuelve:

Primero: Admitir la solicitud presentada por la Gobernación del Departamento de Caldas a través de apoderado, mediante la cual requiere que se decida sobre la validez del Acuerdo Municipal N° 005 del 26 de abril de 2022 “*POR MEDIO DEL CUAL SE INCORPORA UN PROYECTO AL CAPÍTULO INDEPENDIENTE DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES SGR DEL PLAN DE DESARROLLO 202-2023 DEL MUNICIPIO DE NORCASIA CALDAS*”, del municipio de Norcasia, Caldas.

Segundo: Notificar la solicitud de validez mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en la forma y los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la ley 2080 de 2021 a las siguientes personas:

- 1) Al Alcalde del Municipio de Norcasia (Caldas).
- 2) Al Presidente del Concejo Municipal de Norcasia (Caldas) y por su intermedio a los demás integrantes de esa Corporación.
- 3) Al Agente del Ministerio Público delegado ante este Tribunal Administrativo.

Tercero: Fijar en lista por el término de diez (10) días (numeral 1º art. 121 Decreto 1333 de 1986), durante los cuales el Agente del Ministerio Público y cualquiera otra persona podrán intervenir para que se pronuncien sobre la solicitud de validez del Acuerdo N° 005 del 26 de abril de 2022 “*POR MEDIO DEL CUAL SE INCORPORA UN PROYECTO AL CAPÍTULO INDEPENDIENTE DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES SGR DEL PLAN DE DESARROLLO 202-2023 DEL MUNICIPIO DE NORCASIA CALDAS*”,

Dicha fijación deberá insertarse en el portal web de la Secretaría de este Tribunal.

Cuarto: Notificar este proveído al Gobernador de Caldas por estado electrónico, para lo cual se enviará mensaje de datos al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales, en atención a lo establecido en el artículo 197 y 201 del CPACA.

Quinto: RECONOCER PERSONERÍA al abogado José Ricardo Valencia Martínez con T.P. 122.387 C.S.J para actuar en representación del Gobernador de Caldas según poder a folios 1 a 6 de la carpeta 002 del expediente digital.

SE ADVIERTE A LAS PARTES E INTERVINIENTES que el único correo válido para enviar memoriales al presente proceso es tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Patricia Varela Cifuentes

Magistrado

Oral 002

Tribunal Administrativo De Manizales - 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:

**85605d299ad9cf16bc9ee7a04ba239874e6f0621169db67367b0df2d4e8
aea1d**

Documento generado en 20/05/2022 01:51:55 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17-001-23-33-000-2020-00283-00
MEDIO DE CONTROL	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	JAIME ROBAYO CHICA Y OTROS
ACCIONADO	NACIÓN – RAMA JUDICIAL – DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Procede la Sala Primera del Tribunal de Caldas a resolver el recurso de reposición y sobre la concesión del recurso de apelación interpuestos por la parte demandante contra el auto del 7 de abril de 2022, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad.

ANTECEDENTES

Los señores Jaime Robayo Chica y Julio Hernando Rivera Muñoz demandan con fundamento en el medio de control de reparación directa a la Nación –Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial para que sea declarada patrimonial y solidariamente responsable por los perjuicios que se les causaron con ocasión de unas providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396. Y, como consecuencia de ello, se le reconozca a cada uno perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante.

Mediante auto del 15 de febrero de 2022 se inadmitió la demanda, y dentro del plazo concedido se presentó escrito que intentó subsanar los defectos aducidos en el auto de corrección.

A través de providencia emitida por la Sala Primera de Decisión el día 7 de abril del año en curso, se rechazó la demanda por caducidad al considerar que para el momento en que el libelo petitorio se presentó, ya se había configurado este fenómeno, teniendo en cuenta que, el cómputo de los 2 años de que trata el literal i) del artículo 164 del CPACA debía realizarse a partir del día siguiente a la ejecutoria del auto del 27 de octubre de 2017, proferido por el Consejo de Estado.

La parte actora presentó memorial dentro del término de ejecutoria de la providencia mencionada a través del cual interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

Como argumentos de inconformidad con la decisión, manifestó que en el *sub lite* se debe entender que, el daño antijurídico es producto del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396, el cual inició el 27 de octubre de 2014 y culminó con el auto que resolvió solicitud de aclaración el día 6 de julio de 2018, notificado el día 9 del mismo mes, tal como consta en la cronología del estado del proceso.

Que el auto del 7 de abril de 2022 indicó como momento a partir del cual se debía contar la caducidad el día 22 de febrero de 2018, bajo el entendido de ser el día siguiente al de la ejecutoria del auto del 27 de octubre de 2017, pero aseveró que el Tribunal pasó por alto que el proceso reporta una serie de actuaciones posteriores al 27 de octubre de 2017, la última se llevó a cabo el 9 de julio del 2018, lo que significa que el término de caducidad de 2 años para presentar el medio de control de reparación directa se extendería hasta el 8 de noviembre de 2020, incluyendo el período de suspensión de términos provocado por la pandemia por COVID-19.

Que, así las cosas, si el hecho generador es el proceso mismo de nulidad no es procedente inferir que la solicitud de conciliación prejudicial y la presentación del medio de control se radicaron por fuera del término de caducidad, ya que el mismo auto del 7 de abril de 2022 partió del supuesto que la responsabilidad del Estado se finca en *"(...) responsable con ocasión de las providencias proferidas por el Tribunal Administrativo de Caldas en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho (sic) con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396 (...)"*.

Para el efecto, se aportó con el recurso una imagen de pantalla que da cuenta de la cronología del proceso con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396.

Solicitó entonces, reponer el auto del 7 de abril de 2022, por medio del cual se rechazó de plano por la presunta caducidad, y proceder a su admisión. Y en caso de no ser resuelto favorablemente el recurso se proceda a conceder el de apelación.

Al tenor de lo establecido en el inciso 5 del artículo 244 del CPACA, modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021, de los recursos interpuestos no se corrió traslado.

CONSIDERACIONES

El artículo 242 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 61 de la Ley 2080 de 2021, consagró el recurso de reposición de la siguiente manera:

Artículo 242. Reposición. *El recurso de reposición procede contra todos los autos, salvo norma legal en contrario. En cuanto a su oportunidad y trámite, se aplicará lo dispuesto en el Código General del Proceso.*

El numeral 1° del artículo 243 *ibídem*, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, dispuso:

Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

- 1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.*
- 2. (...).*

Y el numeral 1° del artículo 244 del mismo cuerpo normativo, modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021, señaló:

ARTÍCULO 244. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA AUTOS. *<Artículo modificado por el artículo 64 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La interposición y decisión del recurso de apelación contra autos se sujetará a las siguientes reglas:*

- 1. La apelación podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición. Cuando se acceda total o parcialmente a la reposición interpuesta por una de las partes, la otra podrá apelar el nuevo auto, si fuere susceptible de este recurso.*
- 2. (...)*

La parte actora presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra de la decisión emitida por esta Sala el día 7 de abril de 2022, lo cual a la luz de las normas reseñadas es procedente frente al auto que rechaza una demanda.

Por ello, en primer momento se procederá a resolver el recurso de reposición, y en caso de que no se reponga la decisión se estudiará la concesión del recurso de apelación, ya que se verifica que el primer recurso se presentó dentro del término establecido en el

artículo 318 del CGP, toda vez que la providencia se notificó por estado el 19 de abril de 2022 y el memorial se radicó el 25 del mismo mes.

En cuanto al fondo del asunto, y como ya se reseñó, la parte actora refutó el rechazo de la demanda al considerar que la misma se radicó en tiempo, ya que el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396 tuvo actuaciones procesales con posterioridad al auto del 27 de octubre de 2017 proferido por el Consejo de Estado, las cuales se extendieron hasta el 9 de julio de 2018, día en que finalizó el trámite pleno del proceso, lo que significa que el término de caducidad de 2 años para presentar el medio de control de reparación directa se extendió hasta el 8 de noviembre de 2020.

En relación con la presentación de las demandas de reparación directa, el literal i) del artículo 164 del CPACA consagró lo siguiente:

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición;

Al retomar lo expuesto en el libelo petitorio, se advierte que la misma parte demandante, en los fundamentos de derecho, enrostró un supuesto error judicial que cometió esta Corporación en unas providencias dictadas en el trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396; e hizo alusión, al momento de explicar los elementos para que se configure el error judicial, en el relativo a “que el error esté contenido en una providencia judicial” a lo siguiente (fol. 19 y 20 archivo #02):

i) que el error esté contenido en una providencia judicial: El error judicial se evidencia en diferentes autos Interlocutorios y la sentencia misma del proceso con radicado N° 17001233300020140039600, el cual fue tramitado por el Tribunal Administrativo de Caldas en sede del medio de control de nulidad simple -por reproducción de acto administrativo Nulo- Las providencias judiciales de las cuales se reputa el error son.

▪ *Auto Interlocutorio N° 107 del 13 de marzo de 2015 del Tribunal Administrativo de Caldas por medio del cual, ordena medida de suspensión en contra de la resolución N°. 163 del 10 de noviembre de 2009 y N°. 121 expedidas por el Municipio de Manizales.*

▪ *Auto Interlocutorio N° 630 del 24 de septiembre de 2015 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Caldas suspende las resoluciones 127 del 9 de abril y 168 del 30 de abril de 2015, expedidas por el Municipio de Manizales Secretaria de tránsito: igualmente, - establece un término para la implementación de una licitación pública para la ruta SAN SEBASTIAN –CENTRO –CIRCULAR, en un término de 6 meses y HABILITA a EXPRESO SIDERAL S.A. por el lapso de un (1) mes calendario a cubrir la ruta antes mencionada. Esta medida, a pesar de estar contenida en un auto interlocutorio, se convirtió en permanente y fue claramente lesiva con la empresa EXPRESO SIDERAL S.A.*

▪ *Mediante auto interlocutorio 078 del 23 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Caldas, decidió dar por terminado el proceso y declarar la nulidad de las Resoluciones N° 163 de 10 de noviembre de 2009, N° 121 del 24 de septiembre de 2010, N° 127 del 9 de abril de 2015 y N° 168 del 30 de abril 2015, expedidas por la Secretaría de Tránsito y Transporte del Municipio de Manizales.*

En su teoría del caso, la génesis del supuesto error judicial se derivó de la providencia que dictó el Consejo de Estado el día 27 de octubre de 2017 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento indicado, que revocó tanto la suspensión provisional como la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 163 de 10 de noviembre de 2009, 121 de 24 de septiembre de 2010, 127 de 9 de abril de 2015 y 168 de 30 de abril 2015, adoptadas en los autos de 13 de mayo y 24 de septiembre de 2015 y en audiencia de 23 de febrero de la misma anualidad; y, en su lugar, decidió denegar la solicitud de nulidad de los actos acusados por no haberse acreditado la configuración de la reproducción ilegal.

Sobre la caducidad por error judicial, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente en providencia del 22 de octubre de 2021, emitida dentro del proceso con radicado 76001-23-31-000-2004-02703-01(53730):

A su vez, esta Sección ha indicado que en los casos de error jurisdiccional, si la persona afectada hizo parte del proceso, el término de caducidad inicia a correr a partir del día siguiente de aquel en que quedó en firme la providencia que supuestamente lo contiene, cuando con esta se concreta el daño por el cual se demanda la reparación, pues, a partir de ese momento la víctima tiene conocimiento del daño¹; no obstante, si el daño se produce o se materializa con posterioridad a la actuación judicial que le dio origen, el término de caducidad comienza a correr desde que el afectado pudo evidenciar su existencia o desde que este se manifiesta, dependiendo de las circunstancias del caso concreto².

No sobra precisar que en los casos de imputaciones al Estado por error jurisdiccional, el daño se concreta en una providencia ejecutoriada contraria a la ley, capaz de lesionar o vulnerar los derechos de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva de la parte o tercero interesado, de ahí que el criterio para determinar la fecha a partir de la cual inicia el término para ejercitar el derecho de acción, sea el día siguiente a aquel en que la parte actora tuvo conocimiento de la providencia a la que le atribuye un yerro.

En atención a los lineamientos que ha esbozado el Consejo de Estado de manera pacífica sobre la manera de contabilizar la caducidad en medios de control de reparación directa por error judicial, la Sala insiste que en este caso el plazo para presentar la demanda no debía computarse desde la ejecutoria de los autos que alega la parte actora contienen el error judicial, y menos desde que finiquitó el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sino desde la ejecutoria de la providencia que revocó las decisiones de esta Corporación, pues en dado caso, en ese instante se materializaría el supuesto daño.

Al verificarse que la providencia del 27 de octubre de 2017 quedó ejecutoriada el 21 de febrero de 2018, la caducidad se debe contabilizar desde el 22 de febrero de 2018, lo que significa que los 2 años para presentar la demanda iban hasta el 22 de febrero de 2020, pero se advirtió que la solicitud de conciliación prejudicial se radicó el 7 de septiembre de ese año; que la audiencia ante la Procuraduría se llevó a cabo el 13 de octubre; y que el acta de reparto de la demanda tiene fecha del 26 de octubre de 2020; lo que lleva a concluir que se configuró el fenómeno de la caducidad, incluso para el momento en que se presentó la solicitud de conciliación.

¹ Al respecto, consultar, entre muchas otras, las siguientes decisiones: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, exp. 38.159, M.P.: Hernán Andrade Rincón; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 22 de febrero de 2017, exp. 58.052, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de abril de 2020, expediente No. 59.096 y sentencia del 13 de agosto de 2020, expediente No. 64.070, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

No se comparte entonces el argumento de los demandantes en el sentido que la caducidad debe comenzar a contarse a partir de la última actuación surtida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17-001-23-33-000-2014-00396, ya que las actuaciones posteriores al auto emitido por el Consejo de Estado no variaron esta decisión y por lo tanto no son configurativas del eventual daño, según se pudo verificar con los documentos que fueron allegados al expediente por parte de la Secretaría de esta Corporación en respuesta al requerimiento realizado por el despacho sustanciador del proceso; mismos que reposan en el archivo #30 del expediente digital.

De estos documentos se evidencia que luego de emitida la providencia del 27 de octubre de 2017 el proceso regresó a esta Corporación, siendo recibido el 23 de abril de 2018, profiriéndose el día 1º de junio de ese año el auto de estése a lo dispuesto por el superior; providencia sobre la cual recayó una solicitud de aclaración presentada el 8 de junio que fue resuelta el 6 de julio de manera negativa a los intereses del solicitante, decisión que se notificó el 9 de julio de 2018.

Ello significa que la actuación posterior al auto del Máximo Tribunal Administrativo no varió su contenido ni modificó su ejecutoria, que efectivamente se dio el 21 de febrero de 2018, máxime cuando la solicitud de aclaración se realizó frente a la providencia de estése a lo dispuesto por el Consejo de Estado.

Así las cosas, no es acertado considerar que la caducidad debe contabilizarse desde la notificación del último auto que se emitió en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pues para ese momento el supuesto daño ya estaría configurado, toda vez que fue la decisión del Máximo Tribunal Administrativo la que a juicio de la parte demandante originó al error judicial que se alega se cometió en las providencias proferidas en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que como se ha establecido por la jurisprudencia en este tipo de casos el daño cuya reparación se pretende tendría la naturaleza de instantáneo, en contraposición al daño continuado, al derivarse de una providencia en firme; cosa distinta serían los efectos que esa providencia tenga a futuro, tal como se expuso por el Consejo de Estado en sentencia de la Sección Tercera – Subsección A del 11 de octubre de 2021, proceso radicado 54001-23-31-000-2010-00366-01(50922):

A su vez, esta Sección ha sostenido de manera reiterada que, cuando se pretende, como en este caso, la declaración de responsabilidad del Estado por un posible error jurisdiccional, el término de caducidad debe empezar a

contarse a partir de la ejecutoria de la providencia que contiene el presunto error, puesto que, desde ese momento, se entiende consumado el daño³.

A tono con lo anterior, conviene aclarar que el daño cuya reparación se pretende bajo el título de imputación de error jurisdiccional, tiene naturaleza de instantáneo – en contraposición al daño continuado –, pues, se deriva de una providencia en firme, lo cual debe distinguirse de los efectos hacia el futuro o ex nunc de dicha providencia. Sobre el particular, la Sala de la Sección Tercera ha distinguido los conceptos de daño continuado e instantáneo, así:

(...)

Por ello, aun cuando se trate de una actuación dañosa cuyas consecuencias perjudiciales permanecen en el tiempo, la caducidad no se extiende indefinidamente, sino que opera desde el mismo momento en que ésta ocurra, es decir, cuando efectivamente se haya inferido el daño, de manera que para en los eventos en los que se alega la materialización de daños contenidos en una decisión judicial, ha de entenderse que ello a partir de la ejecutoria de la decisión que lo contiene⁴.

De acuerdo a lo expuesto, no se repondrá la decisión adoptada en el auto del 7 de abril de 2022, pues a juicio de esta Sala la demanda se presentó por fuera del término establecido en la ley.

Como la parte demandante interpuso recurso de apelación de manera subsidiaria, al tenor de lo establecido en el 243 *ibídem*, modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021, en concordancia con el numeral 3 del artículo 244 *ibídem*, por su oportunidad y procedencia se concederá la alzada en el efecto suspensivo.

Ejecutoriado este auto, envíese el expediente al Consejo de Estado.

En mérito de lo expuesto, **la Sala Primera de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**

RESUELVE

PRIMERO: NO REPONER el auto del 7 de abril de 2022, a través del cual se rechazó la demanda por caducidad, según lo expuesto en la parte motiva.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencias de: 26 de noviembre de 2015, Exp: 38833; 30 de agosto de 2017, Exp: 39435; 13 de junio de 2016, Exp: 37392; 22 de febrero de 2017, Exp: 58052, entre muchas otras.

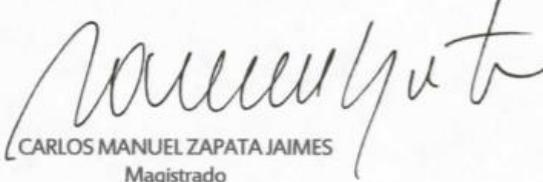
⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto de 3 de marzo de 2010, exp. 37.268, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez. En igual sentido se pronunció la Subsección el 23 de junio de 2011, exp. 21.093, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

SEGUNDO: CONCEDER EN EL EFECTO SUSPENSIVO el recurso de apelación interpuesto contra el auto dictado el 7 de abril de 2022.

Ejecutoriado este auto, envíese el expediente al Consejo de Estado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

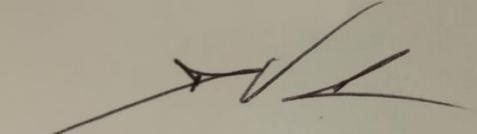
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 19 de mayo de 2022 conforme Acta nro. 031 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 089 del 21 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

Manizales, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

PROCESO NO.	17001-23-33-000-2020-00290-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES
ACCIONADO	ADOLFO ENRIQUE RUIZ FLÓREZ

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora se hagan las siguientes declaraciones:

- 1.- Que se declare la nulidad de la Resolución nro. GNR 61425 del 2 de marzo de 2015 por la cual Colpensiones, reconoció una pensión de invalidez a favor del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, identificado con C.C No. 12,521,341, a partir del 1 de marzo de 2015, toda vez que se demostró que el porcentaje de PCL fue adulterado y como consecuencia no cumple con los requisitos de la Ley para ser beneficiario de la prestación.
- 2.- Que se declare la nulidad de la Resolución No. GNR 7126 del 12 de enero de 2016 por la cual Colpensiones, reliquidó la pensión de invalidez del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, toda vez que se demostró que el porcentaje de PCL fue adulterado y como consecuencia no cumple con los requisitos de la Ley para ser beneficiario de la prestación.
- 3.- A título de restablecimiento del derecho, se ORDENE al señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, identificado con C.C No. 12,521,341, el reintegro de lo pagado por concepto de mesadas, retroactivos y pagos de salud con ocasión al reconocimiento de la pensión de Invalidez, que actualmente se fija en la suma de \$267.339.501, conforme lo indica la resolución SUB 56471 del 27 de febrero de 2020.

4.- Se ordene la indexación de las sumas reconocidas a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, y al pago de intereses a los que hubiere lugar, mesadas recibidas por el demandado, con ocasión al reconocimiento prestacional.

5.- Se condene en costas a la parte demandada.

HECHOS

En síntesis, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones:

Mediante Resolución No. GNR 61425 del 2 de marzo de 2015 Colpensiones, reconoció una pensión de invalidez a favor del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, identificado con C.C No. 12,521,341, en cuantía inicial de \$3.011.335 a partir del 1 de marzo de 2015, teniendo en cuenta el dictamen de pérdida de la capacidad laboral No. 4497 del 23 de septiembre de 2014, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar en el cual se calificó una pérdida del 53.90% de su capacidad laboral estructurada el 23 de octubre de 2013.

El señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez solicitó el 24 de noviembre de 2015, la reliquidación de la pensión de invalidez, por lo que mediante la Resolución GNR 7126 del 12 de enero de 2016, se procedió a ella en cuantía de \$2.860.340 efectiva a partir del 6 de diciembre de 2013, generando un retroactivo por valor de \$41.520.025.

COLPENSIONES dio apertura a un proceso administrativo especial número 408-19, adelantado por la Gerencia de Prevención del Fraude, con el fin de revisar el proceso que conllevó el reconocimiento y retroactivo de la Pensión de invalidez a favor del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez.

En las pruebas obrantes en la investigación administrativa, se evidencia la existencia una investigación penal llevada a cabo por la Unidad de Delitos contra la Administración Pública, Fiscalía 12 Seccional de Valledupar mediante radicado 200016008792201600014, en contra de 206 personas a las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, reconoció pensiones de invalidez, presuntamente sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley y con documentación fraudulenta.

Conforme la investigación administrativa especial número 408- 19, adelantada por COLPENSIONES –Gerencia de Prevención del Fraude, concluyó que el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, se realizó bajo una situación indebida, con fundamento en información incluida de forma irregular, toda vez que, dicho trámite de reconocimiento y obtención de la prestación económica que nos ocupa, se realizó a partir de información no verídica y que como tal, no se ajustó a la realidad médica del ciudadano en comento, induciendo con ello a Colpensiones, a proceder con el reconocimiento de una prestación económica que no debió tener lugar.

En virtud de lo anterior, Colpensiones a través de Acto Administrativo SUB 49599 del 21 de febrero de 2020, revocó en todas y cada una de sus partes las resoluciones GNR 61425 del 2 de marzo de 2015, y GNR 7126 del 12 de enero de 2016 por medio de las cuales se reconoció y reliquidó la pensión de invalidez a favor del señor ADOLFO ENRIQUE RUIZ FLOREZ, con base en el auto de cierre no. 0189 del 11 de febrero del año 2020, proferido dentro de la investigación administrativa especial No. 408-19.

A través de la resolución SUB 56471 del 27 de febrero de 2020 Colpensiones, informó que el valor girado al señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, a título de mesadas, retroactivo, aportes a salud y/o fondo de solidaridad pensional, con ocasión del reconocimiento de la pensión de invalidez por el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2015 al 29 de febrero de 2020, asciende a la suma de \$267.339.501.

El anterior acto administrativo se notificó el 03 de marzo de 2020 y el señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez mediante apoderado judicial presentó el 24 de marzo de 2020 recurso de reposición en subsidio apelación, el cual fue declarado improcedente con resolución SUB 111166 del 20 de mayo de 2020.

La resolución SUB 49599 del 21 de febrero de 2020 se notificó por aviso el día 12 de marzo de 2020, y el apoderado del señor Ruiz Flórez, en escrito presentado el 24 de marzo de 2020, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

En respuesta a lo anterior, Colpensiones con resolución SUB 111468 del 21 de mayo de 2020, resolvió el recurso de reposición, confirmando la resolución recurrida.

En sede de apelación Colpensiones con resolución DPE 8376 de 27 de mayo de 2020, confirmó la resolución SUB 49599 del 21 de febrero de 2020, con base en el auto de cierre

No. 0189 del 11 de febrero del año 2020, proferido dentro de la investigación administrativa especial no. 408-19.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte actora señala como normas infringidas el artículo 48 de la Constitución Política, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003.

Después de transcribir la normativa que considera vulnerada, así como jurisprudencia relacionada con el reconocimiento de pensiones por medios fraudulentos, esgrimió que los actos administrativos demandados no se ajustaron a los preceptos legales que consagran o regulan el reconocimiento de la pensión de invalidez, por lo tanto, el reconocimiento y /o pago de la prestación económica vulneró de forma directa la constitución y la ley.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADOLFO ENRIQUE RUIZ FLÓREZ: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante.

Como argumentos de defensa esgrimió que, Colpensiones no aporta prueba alguna de la existencia del presunto fraude en que incurrió el demandado con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, y tampoco aportó prueba alguna que de cuenta que, el actor no tiene una pérdida de la capacidad laboral mayor a 50%, por el contrario obra dentro del expediente la historia clínica del señor Ruiz Flórez que da cuenta de las diferentes patologías que padece y que sirven de sustento para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral con la que fue calificado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES: señaló que se ratifica en los argumentos expuestos en la demanda; de igual forma, indicó que el actor no cumple con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que el dictamen que se aportó como soporte de la pérdida de la capacidad laboral mayor al 50% indujo a un error a la administración, toda vez que la calificación de la capacidad laboral está sobrevalorada.

Parte demandada:

ADOLFO ENRIQUE RUIZ FLÓREZ: señaló que, en el asunto bajo estudio, no se aportaron elementos probatorios que permitan concluir que la calificación de la pérdida de la capacidad laboral es inferior a 50%

Ministerio Público: conforme a la constancia secretarial obrante a en pdf nro. 35 del expediente digital, el Ministerio Público no emitió concepto en el caso bajo estudio.

CONSIDERACIONES

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

Problema jurídico

¿Demostró COLPENSIONES que el trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral que allegó el señor Ruiz Flórez, para obtener su pensión de invalidez, eran apócrifos o falsos?

En caso positivo

¿Lo anterior conlleva a declarar la nulidad de la pensión de invalidez y su reliquidación?

Lo probado en el proceso

- Mediante la Resolución nro. GNR 61425 del 2 de marzo de 2015 Colpensiones reconoció a favor del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez una pensión de invalidez efectiva a partir del 01 de marzo de 2015 en cuantía de \$3.011.335.00 (PDF obrante en el archivo nro. 08 del expediente digital)
- Mediante la Resolución nro. 7126 del 12 de enero de 2016 se reliquidó la pensión de invalidez reconocida a favor del señor Ruiz Flórez (Ibidem)
- La Fiscalía Doce Seccional de Valledupar – Cesar mediante el oficio nro. 20510-01-02-12-205 informó que contra el señor Ruiz Flórez no se ha proferido medida de aseguramiento o resolución de acusación por fraude, e informa que la investigación se

encuentra en fase de indagación a fin de corroborar la información obtenida dentro del proceso penal adelantado contra los señores Teresa de Jesús de la Hoz Solano y otros por las conductas punibles de concierto para delinquir, peculado por apropiación, estafa agravada, fraude procesal y concusión, por la realización de dictámenes de pérdida de la capacidad laboral a cambio de dinero, en donde se relacionan entre otras personas al señor Ruiz Flórez como una de las personas que al parecer adelantaron los trámites de calificación de pérdida de la capacidad laboral de forma irregular, sin que a la fecha existan elementos probatorios que permitan verificar estos dichos (PDF visible en el archivo nro. 25 del expediente digital).

Marco normativo

Respecto del reconocimiento de la Pensión de invalidez la Ley 100 de 1993 estableció:

ARTÍCULO 13. CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tendrá las siguientes características:

[...]

c. Los afiliados tendrán derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes, conforme a lo dispuesto en la presente ley.

ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ. Para los efectos del presente capítulo se considera *inválida* la persona que, por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:

1. *Invalidez* causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración

2. *Invalidez* causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exequible> Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han

cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su *invalidez* o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

ARTÍCULO 40. MONTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. El monto mensual de la pensión de *invalidez* será equivalente a:

a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por *invalidez* no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de *invalidez* podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de *invalidez* se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

ARTÍCULO 41. CALIFICACIÓN DEL ESTADO DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El estado de *invalidez* será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de *invalidez* vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales⁶⁶ - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de *invalidez* y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de *invalidez* y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez* del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de *Invalidez*, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la *invalidez* que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de *invalidez*, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de *Invalidez* por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de *Invalidez* hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de *invalidez* y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

<Texto adicionado por el artículo 18 de la Ley 1562 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Sin perjuicio de lo establecido en este artículo, respecto de la calificación en primera oportunidad, corresponde a las Juntas Regionales calificar en primera instancia la pérdida de capacidad laboral, el estado de *invalidez* y determinar su origen.

A la Junta de Calificación Nacional compete la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las Juntas Regionales.

<*Texto corregido en los términos de la Sentencia C-458-15> La calificación se realizará con base en el manual único para la calificación de *invalidez*, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación, que deberá contener los criterios técnicos-científicos de evaluación y calificación de pérdida de capacidad laboral porcentual por sistemas ante una deficiencia, discapacidad y ~~minusvalía~~ <e *invalidez**> que hayan generado secuelas como consecuencia de una enfermedad o accidente.

PARÁGRAFO 1. Para la selección de los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de *Invalidez*, el Ministerio del Trabajo tendrá en cuenta los siguientes criterios:

La selección se hará mediante concurso público y objetivo, cuya convocatoria se deberá hacer con no menos de dos (2) meses de antelación a la fecha del concurso e incluirá los criterios de ponderación con base en los cuales se seleccionará a los miembros de estos organismos. La convocatoria deberá publicarse en un medio de amplia difusión nacional.

Dentro de los criterios de ponderación se incluirán aspectos como experiencia profesional mínima de cinco (5) años y un examen escrito de antecedentes académicos sobre el uso del manual de pérdida de capacidad laboral y de *invalidez*, el cual se realizará a través de una entidad académica de reconocido prestigio. Los resultados del concurso serán públicos y los miembros de las Juntas serán designados por el Ministro del Trabajo, comenzando por quienes obtuvieran mayor puntaje.

La conformación de las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez* podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos será reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. El proceso de selección de los integrantes de las juntas de calificación de *invalidez* se financiará con recursos del Fondo de Riesgos Profesionales⁶.

PARÁGRAFO 2. Las entidades de seguridad social, los miembros de las Juntas Regionales y Nacional de *Invalidez* y los profesionales que califiquen serán responsables solidariamente por los dictámenes que produzcan perjuicios a los afiliados o a los Administradores del Sistema de Seguridad Social Integral, cuando este hecho esté plenamente probado.

Conforme a la normativa en cita, es claro que el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fue diseñado para asegurar a los afiliados en los riesgos de vejez, invalidez y muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones consagradas por la ley. En el caso de la pensión de invalidez, contemplada en el literal c) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, se orienta a la protección de los riesgos o contingencias surgidas con ocasión de algún estado de incapacidad del trabajador, a consecuencia de una disminución de tal magnitud que le impide seguir trabajando.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se considera como persona inválida aquella a quien se le haya calificado una disminución o pérdida de su capacidad laboral igual o superior al 50% de su potencial laboral. Es así como en la actualidad una persona puede ser declarada inválida cuando esté imposibilitada o impedida para seguir desarrollando una actividad laboral remunerada, por la disminución sustancial y permanente de por lo menos la mitad de sus capacidades físicas e intelectuales.

En efecto, la razón de ser de la pensión de invalidez es proteger a aquellas personas que hayan perdido por lo menos el cincuenta por ciento del conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permitían desarrollar un trabajo habitual y percibir por el mismo una retribución económica, y que por tal situación no pueden seguir cotizando en calidad de trabajadores activos al sistema general de seguridad social, tanto en salud como en pensiones.

Solución al primer problema jurídico

En el caso bajo estudio, alega la parte accionante, Colpensiones, que se debe declarar la nulidad de los actos de reconocimiento y reliquidación pensional a favor del demandando, en atención a que fue obtenida por medios fraudulentos, toda vez que el dictamen de pérdida de la capacidad laboral no corresponde a la realidad.

La solicitud que eleva Colpensiones la sustenta en el hecho que, existe un proceso penal ante la Fiscalía 12 Seccional de Valledupar Identificado con radicado matriz SPOA nro. 200016008792201600014, que da cuenta de la presunta existencia de una organización que operó en el departamento del Cesar mediante la cual al parecer se gestaron de forma fraudulenta actuaciones que dieron lugar al reconocimiento de prestaciones económicas de invalidez sin el lleno de los requisitos y valiéndose de soportes, hechos y documentos que al parecer son carentes de veracidad.

Colpensiones asevera que, en dicho trámite está siendo investigado el reconocimiento de la prestación económica del señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez, identificado con cédula de ciudadanía No. 12.52 1.341, mediante la Resolución No. 61425 del 02 de marzo de 2015, modificada por la resolución GNR 7126 del 12 de enero de 2016.

Así mismo, señaló la entidad accionante que en el desarrollo de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 12 Seccional de Valledupar se logró establecer que la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar y médicos vinculados a ASALUD emitían, a cambio de dinero, dictámenes espurios de pérdida de capacidad laboral, para que trabajadores de empresas mineras se pensionaran.

No obstante a lo aseverado por Colpensiones, la Fiscalía 12 Seccional de Valledupar certificó con destino a este proceso, que con respecto a la investigación al señor Ruiz Flórez, se encuentra en una fase de preliminares, sin que a la fecha se haya iniciado una causa penal en su caso, por lo que no obra investigación penal alguna en su contra y mucho menos resolución de acusación; siendo lo único que aparece con respecto al demandado es una indagación adelantada por la Fiscalía dentro del proceso penal a efectos de

confirmar una información suministrada por los investigados penalmente dentro del proceso antes identificado, sin que se aporte más datos sobre este punto.

Así las cosas, y pese a lo aseverado por la entidad accionante, esta Sala no cuenta con prueba alguna que permita inferir que, en el trámite de solicitud de pérdida de capacidad laboral, necesario para obtener su pensión de invalidez el actor haya concurrido a presentar pruebas fraudulentas, puesto que es claro que como bien los informa la Fiscalía 12 Seccional de Valledupar, contra el señor Ruiz Flórez no se adelanta ninguna investigación penal ni ha sido proferido en su contra resolución de acusación por algún delito relacionado con el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Si bien, esta Sala no puede desconocer, que en esa Fiscalía se adelanta una investigación por presuntos delitos relacionados con la expedición fraudulenta de valoraciones sobre pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que estas investigaciones por lo menos en lo que respecta al demandado, se encuentra en una fase previa, pues no se ha llamado a acusación y menos se le ha condenado.

Para que se pudiera declarar la nulidad de los actos, era necesario que la parte actora, esto es COLPENSIONES, hubiera allegado una prueba contundente, que demostrara la comisión del delito, esto es, una decisión de las autoridades penales correspondiente, no de otra manera, con la simple afirmación de que se encuentra dentro de una investigación penal, sin que se haya dado una sentencia, permite a este Juez declarar la nulidad por fraude en el trámite de la pensión.

De otro lado, para esta Sala es importante recordar, que las pensiones de invalidez conforme a la normativa, pueden ser revisadas en cualquier momento a fin de determinar si el beneficiario aún conserva la pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje mayor al 50% o si por el contrario dicha situación ha variado, para lo cual no necesita acudir ante el juez contencioso administrativo.

En este orden de ideas, sin necesidad de mayores elucubraciones, y al no existir prueba alguna que permita a esta Sala determinar la existencia de un fraude en la documentación presentada por el señor Ruiz Flórez para obtener la pensión de invalidez, se deberá negar las pretensiones incoadas por Colpensiones.

COSTAS

Conforme al artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, en el presente asunto no se condena en costas atendiendo a que la demanda no se presentó con manifiesta carencia de fundamento legal.

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

FALLA

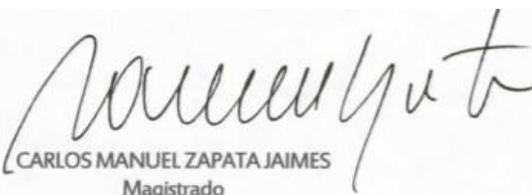
PRIMERO: NEGAR las pretensiones incoadas por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso contra el señor Adolfo Enrique Ruiz Flórez.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

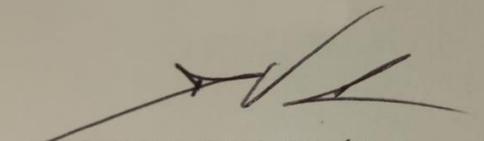
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 19 de mayo de 2022 conforme el Acta nro. 031 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO**

Notificación por Estado Electrónico No. 089 del 21 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022).

RADICADO	17-001-23-33-000-2021-00218-00
MEDIO DE CONTROL	EJECUTIVO
ACCIONANTE	ALIANZA FIDUCIARIA S.A como administradora del FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C
ACCIONADO	NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas a proveer sobre la Resolución de seguir adelante con la ejecución de la referencia, de conformidad con lo previsto por el inciso final del artículo 440 del CGP, por remisión expresa de los artículos 298 y 306 del CPACA.

ANTECEDENTES

La Alianza Fiduciaria, como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia, presentó demanda ejecutiva con la finalidad que se libere mandamiento de pago a su favor y en contra de la Fiscalía General de la Nación por las siguientes sumas de dinero:

1. CIENTO DIEZ MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$110'587.983) M/Cte., que corresponde al capital dejado de pagar por la demandada, conforme al contrato de cesión de créditos, de fecha 17 de agosto de 2016 y que consta en la sentencia de primera instancia fechada el 7 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, la cual fue revocada por la sentencia de segunda instancia de fecha 10 de diciembre de 2015, proferida por el Consejo de Estado. Sección Tercera - Subsección "C", dentro del proceso de reparación directa incoado por Luis Alberto Mendoza Sánchez y otros en contra de la Nación -Fiscalía General de la Nación, Exp. nro. 2007-00032-01, debidamente ejecutoriada el día 15 de febrero de 2016.

2. Por la suma de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y SIETE PESOS CON OCHENTA Y SIETE CENTAVOS (\$149'895.137,87) M/Cte., valor correspondiente a los intereses moratorios causados desde el día siguiente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, esto es, desde el día 16 de

febrero de 2016, causados sobre el capital indicado en el numeral anterior, hasta el 19 de abril de 2021. Así mismo, solicitamos se liquiden los intereses de mora, liquidados desde el día 20 de abril de 2021 y hasta la fecha de pago de la obligación.

3. Se condene al demandado al pago de las costas, agencias en derecho y demás gastos que se causen dentro del proceso.

Instó además que se condene en costas y agencias en derecho.

Manifestó la parte actora que, mediante sentencia del 10 de diciembre de 2015, dictada en el proceso de reparación directa con radicado 17-001-23-31-000-2007-00032, el Consejo de Estado revocó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 7 de octubre de 2010; y, en su lugar, declaró administrativamente responsables a la Nación - Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor Luis Alberto Mendoza Sánchez, condenando a la entidad al pago de los siguientes conceptos: i) 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Luis Alberto Mendoza Sánchez y 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes para Brigitte Liliana Mendoza; y ii) \$14.064.283 por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del señor Luis Alberto Mendoza.

Indicó que el fallo referido quedó ejecutoriado el 15 de febrero de 2016.

Afirmó que la apoderada de la parte demandante radicó cuenta de cobro ante la Fiscalía General de la Nación el 17 de junio de 2016.

Que el 25 de julio de 2016 se suscribió contrato de cesión de créditos entre la apoderada de los demandantes del proceso ordinario y el señor Pedro Camilo González Camacho, en su calidad de representante legal de la sociedad Avance Sentencias S.A.S sobre la totalidad de los derechos económicos reconocidos en la sentencia del 10 de diciembre de 2015.

El día 17 de agosto de 2016 se suscribió contrato de cesión de créditos entre el representante legal de Avance Sentencias S.A.S y la representante legal de Alianza Fiduciaria S.A, como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C, sobre el 100% de los derechos económicos reconocidos en sentencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales ascienden a un valor de \$110.587.983.

Que la cesión fue aceptada y autorizada por la Fiscalía General de la Nación, tal como consta en el oficio del 16 de septiembre de 2016.

Con la demanda ejecutiva se aportó copia de lo siguiente:

1. Fallo del 7 de octubre de 2010, proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas.
2. Sentencia del 10 de diciembre de 2015, proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.
3. Constancia de ejecutoria de la sentencia proferida por el Consejo de Estado.
4. Radicación de derecho de petición mediante el cual la apoderada de los demandantes del proceso de reparación directa con radicado 2007-00032 solicitó el pago de la sentencia.
5. Contrato de cesión de créditos celebrado entre la apoderada del señor Luis Alberto Mendoza Sánchez y Brigitte Liliana Mendoza González y la sociedad Avance Sentencias País S.A.S.
6. Contrato de cesión de créditos celebrado entre la representante legal de Avance Sentencias S.A.S y el representante legal de Alianza Fiduciaria S.A, como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C.
7. Oficio nro. OJ 20161500065191 del 16 de septiembre de 2016, con el cual la Fiscalía General de la Nación se da por notificada y acepta la cesión de los derechos económicos.
8. Liquidación del crédito.
9. Certificado de Cámara y Comercio de Alianza Fiduciaria y el reglamento del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C.

MANDAMIENTO DE PAGO

Por auto del 17 de marzo de 2022 (archivo #21 del expediente digital), el despacho del magistrado sustanciador de esta providencia, libró mandamiento de pago a favor de **ALIANZA FIDUCIARIA S.A** como administradora del **FONDO ABIERTO CON PACTO DE PERMANENCIA C*C** y en contra de la Nación – Fiscalía General de la Nación en la forma que consideró legalmente correcta, esto es, **CIENTO DIEZ MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES (\$110.587.983)** por concepto de capital, y **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL**

SETECIENTOS DIECIESEIS PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS (\$175.194.716,19) por concepto de intereses moratorios, liquidados hasta la fecha del mandamiento de pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según constancia secretarial que reposa en el archivo #23 del expediente digital, la Fiscalía General de la Nación no se pronunció sobre la demanda.

TRASLADO DE EXCEPCIONES

Al no haber contestación de la demanda ni excepciones propuestas, no se surtió traslado alguno.

CONSIDERACIONES

El numeral 6 del artículo 104 del CPACA, estableció que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, entre otros asuntos, de *“Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades”*.

En providencia del 25 de julio de 2017¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado precisó que *“(...) la ejecución debe tramitarla el juez que conoció el proceso en primera instancia, así este no haya proferido la sentencia de condena; lo anterior, con el fin de preservar los objetivos perseguidos con el factor de conexidad (...)”*(negrilla del texto).

La anterior posición quedó consagrada en el artículo 298 del CPACA, con la modificación introducida por el artículo 80 de la Ley 2080 de 2021.

El artículo 297 del CPACA consagró que, para los efectos de dicho código, constituyen título ejecutivo *“1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias”*.

Entretanto, el artículo 422 del CGP, aplicable en virtud de la remisión de que trata el artículo 306 del CPACA², prevé las condiciones esenciales que ha de contener un

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Providencia del 25 de julio de 2017. Radicación número: 11001-03-25-000-2014-01534-00(4935-14).

² *“En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.”*.

documento (o varios, según el caso) para hacerlo valer como título ejecutivo, al indicar lo siguiente:

ARTÍCULO 422. TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184. (Línea fuera de texto).

En el presente asunto, el título ejecutivo está constituido por la sentencia del 10 de diciembre de 2015, dictada en el proceso de reparación directa con radicado 17-001-23-31-000-2007-00032, mediante la cual el Consejo de Estado revocó el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas el 7 de octubre de 2010; y, en su lugar, declaró administrativamente responsables a la Nación - Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de la que fue víctima el señor Luis Alberto Mendoza Sánchez, condenando a la entidad al pago de los siguientes conceptos: i) 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Luis Alberto Mendoza Sánchez y 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes para Brigitte Liliana Mendoza; y ii) \$14.064.283 por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del señor Luis Alberto Mendoza. Fallo que quedó ejecutoriado el 15 de febrero de 2016.

Según se informó en la demanda, se radicó cuenta de cobro ante la Fiscalía General de la Nación el 17 de junio de 2016.

El 25 de julio de 2016 se suscribió contrato de cesión de créditos entre la apoderada de los demandantes del proceso ordinario y el señor Pedro Camilo González Camacho, en su calidad de representante legal de la sociedad Avance Sentencias S.A.S sobre la totalidad de los derechos económicos reconocidos en la sentencia del 10 de diciembre de 2015.

El día 17 de agosto de 2016 se suscribió contrato de cesión de créditos entre el representante legal de Avance Sentencias S.A.S y la representante legal de Alianza Fiduciaria S.A, como administradora del Fondo Abierto con Pacto de Permanencia C*C, sobre el 100% de los derechos económicos reconocidos en sentencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los cuales ascienden a un valor de \$110.587.983.

La cesión fue aceptada y autorizada por la Fiscalía General de la Nación, tal como consta en oficio del 16 de septiembre de 2016.

En tal sentido, lo reclamado en este proceso corresponde a la totalidad de los derechos económicos reconocidos en la sentencia del Máximo Tribunal Administrativo, así como por los intereses moratorios causados según lo estipulado los artículos 176 y 177 del CCA; sumas de dinero que hasta el momento no han sido canceladas.

Dado que, como se dijo anteriormente, la Nación – Fiscalía General de la Nación no contestó la demanda ni propuso excepciones, en los términos previstos por el artículo 442 del CGP, esta Sala considera necesario acudir a lo previsto por el inciso 2º del artículo 440 del CGP, que dispone lo siguiente:

Si el ejecutado no propone excepciones oportunamente, el juez ordenará, por medio de auto que no admite recurso, el remate y el avalúo de los bienes embargados y de los que posteriormente se embarguen, si fuere el caso, o seguir adelante la ejecución para el cumplimiento de las obligaciones determinadas en el mandamiento ejecutivo, practicar la liquidación del crédito y condenar en costas al ejecutado.

Así las cosas, la Sala se atendrá a lo manifestado en el auto que libró mandamiento de pago, en el sentido que de la sentencia objeto de recaudo se desprende una obligación clara, expresa, exigible y determinable a cargo de la entidad ejecutada.

En consecuencia, se ordenará seguir adelante la ejecución en los estrictos términos señalados en la providencia del 17 de marzo de 2022 que libró mandamiento de pago, y se dispondrá liquidar el crédito conforme lo dispone el artículo 446 del CGP, teniendo en cuenta los pagos y/o abonos que se verifiquen en la fase de liquidación del crédito.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas a la parte ejecutada, por haber sido vencida en el proceso y además teniendo en cuenta que la parte ejecutante se vio en la necesidad de asumir su defensa judicial, interviniendo activamente en el proceso.

Atendiendo lo dispuesto por el literal c) del numeral 4 del artículo 5 del Acuerdo nro. PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como

agencias en derecho a cargo de la Nación – Fiscalía General de la Nación, el 3% de la suma determinada como valor a pagar.

Según lo dispone el artículo 366 del CGP, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas en el momento procesal oportuno.

En mérito de lo expuesto, LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

RESUELVE

PRIMERO: SEGUIR ADELANTE LA EJECUCIÓN contra la Nación – Fiscalía General de la Nación para el cumplimiento de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2015 por el Consejo de Estado, de la manera dispuesta en el auto que libró mandamiento de pago, esto es:

1. Por la suma de **CIENTO DIEZ MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES (\$110.587.983)** por concepto de capital.
2. Por la suma de **CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS DIECIESEIS PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS (\$175.194.716,19)** por concepto de intereses moratorios, liquidados hasta la fecha del mandamiento de pago.

SEGUNDO: ORDÉNASE liquidar el crédito, conforme lo dispone el artículo 446 del CGP. Se recuerda a las partes que, de acuerdo con lo establecido en el precitado artículo, la liquidación presentada deberá acompañarse de los documentos que la sustenten. Deberán tenerse en cuenta igualmente los pagos y/o abonos que efectúe la entidad demandada a la obligación.

TERCERO: CONDÉNASE en costas a la parte ejecutada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJANSE** como agencias en derecho, el 3% del valor de la suma determinada a pagar.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **CONTINÚESE** con el trámite pertinente hasta que se verifique el efectivo cumplimiento del fallo ejecutado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

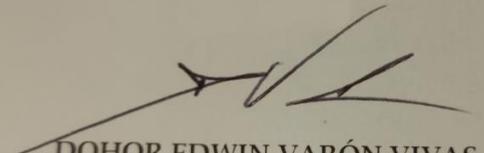
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 19 de mayo de 2022 conforme Acta nro. 031 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 089 del 21 de mayo de 2022.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Manizales, diecinueve (19) de mayo de dos mil veintidós (2022)

RADICADO	17-001-33-33-003-2019-00310-02 17-001-33-33-003-2019-00311-02
CLASE	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	PROCURADORES JUDICIALES I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS
ACCIONADO	DEPARTAMENTO DE CALDAS Y EL MUNICIPIO DE LA DORADA - CALDAS

Procede la Sala primera de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a decidir sobre el recurso de apelación interpuesto por el departamento de Caldas, contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido el día 9 de febrero de 2022 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales.

PRETENSIONES

Proceso radicado 17-001-23-33-000-2019-00310

1. Que se declare que por parte del departamento de Caldas y el municipio de La Dorada-Caldas, se ha incurrido en vulneración a los siguientes derechos colectivos consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998: acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y los derechos de los consumidores y usuarios.

Lo anterior, debido a que las instalaciones donde opera la Institución Educativa Renán Barco sede Ferias no cuentan con condiciones óptimas de funcionamiento que garanticen que la comunidad estudiantil que recibe su formación educativa en tal plantel pueda contar con espacios seguros para su estadía en el mismo.

2. En virtud de la declaración anterior, se conmine al departamento de Caldas y al municipio de La Dorada ejecutar las siguientes gestiones con respecto a la Institución Educativa Renán Barco sede Ferias:

a) Disposición de personal que se dedique al aseo de dicho establecimiento educativo.

b) Implementación de las medidas necesarias para descontaminar el plantel por la existencia de palomas.

3. Se establezcan las medidas administrativas conducentes para garantizar el buen estado de las instalaciones donde opera la Institución Educativa Renán Barco y se garantice la calidad del servicio educativo en el mismo con el fin de evitar que, por falta de mantenimiento y control de esta sede, se vulneren los derechos colectivos atribuibles a la comunidad estudiantil.

Proceso radicado 17-001-23-33-000-2019-00311

1. Que se declare que por parte del departamento de Caldas y el municipio de La Dorada-Caldas, se ha incurrido en vulneración a los siguientes derechos colectivos consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998: acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; y los derechos de los consumidores y usuarios.

Lo anterior, debido a que las instalaciones donde opera la Institución Educativa Marco Fidel Suárez no cuentan con condiciones óptimas de funcionamiento que garanticen que la comunidad estudiantil que recibe su formación educativa en tal plantel pueda contar con espacios seguros para su estadía en el mismo.

2. En virtud de la declaración anterior, se conmine al departamento de Caldas y al municipio de La Dorada ejecutar las siguientes gestiones con respecto a la Institución Marco Fidel Suárez:

a) Vinculación de personal que se dedique a las labores de aseo de la institución.

3. Se establezcan las medidas administrativas conducentes para garantizar el buen estado de las instalaciones donde opera la Institución Marco Fidel Suárez y se garantice la calidad del servicio educativo en el mismo con el fin de evitar que, por falta de mantenimiento y

control de esta sede, se vulneren los derechos colectivos atribuibles a la comunidad estudiantil.

HECHOS

Proceso radicado 17-001-23-33-000-2019-00310

- En el municipio de La Dorada funciona la Institución Educativa Renán Barco sede Ferias, establecimiento que de acuerdo a información suministrada por la Personería Municipal no cuenta con personal de aseo en las instalaciones, y tampoco ha implementado las medidas necesarias para descontaminar el plantel por la existencia de palomas.

- Que la anterior situación fue puesta en conocimiento de la Procuraduría, por lo que se elevó derecho de petición a las demandadas en agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 del CPACA, con la finalidad que se desplegaran las gestiones de todo orden y en el ámbito de sus competencias para solucionar las falencias detectadas en la institución educativa.

- Que en vista de las respuestas brindadas por las demandadas no se advierte una solución clara, efectiva y concreta de la problemática existente.

Proceso radicado 17-001-23-33-000-2019-00311

- En el municipio de La Dorada funciona la Institución Educativa Marco Fidel Suárez, establecimiento que de acuerdo a información suministrada por la Personería Municipal no cuenta con personal de aseo en la institución.

- Que al ponerse en conocimiento de la Procuraduría la situación anterior se elevó derecho de petición a las demandadas en agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 144 del CPACA, con la finalidad que se desplegaran las gestiones de todo orden y en el ámbito de sus competencias para solucionar las falencias detectadas en la institución educativa.

- Que en vista de las respuestas brindadas por las accionadas no se advierte una solución clara, efectiva y concreta de la problemática existente.

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

DEPARTAMENTO DE CALDAS: frente a los hechos adujo que unos eran ciertos y que otros no, y afirma que el departamento siempre ha garantizado el servicio dentro de las instalaciones educativas, ya que se han suscrito contratos de prestación de servicios para garantizar el aseo. Y en relación con el tema atinente a la existencia de palomas, aseguró que es un asunto que debe ser tratado con la secretaría de Salud del municipio de La Dorada.

En cuanto a las pretensiones, señaló que a los demandantes no les asisten razones fácticas y legales para hacer la reclamación judicial.

Propuso las siguientes excepciones:

- **Inexistencia de vulneración de derechos colectivos por parte del departamento de Caldas:** el ente territorial no ha vulnerado ningún derecho colectivo, y, por el contrario, ha implementado todas las acciones necesarias tendientes a evitar cualquier perjuicio a la comunidad y el entorpecimiento en la prestación del servicio educativo, teniendo en cuenta que a la fecha se encuentra en ejecución el contrato 21102016-0704, con el cual queda demostrado que el servicio de aseo se cumple y se ha venido prestando desde el año 2016 en ambas instituciones educativas.

Adicional a lo anterior, frente a la existencia de palomas en la institución educativa Renán Barco adujo que no se advierte que se haya requerido a la secretaría de Salud del municipio para que intervenga; sumado a que no se demostró la existencia de contaminación.

- **Carencia de objeto por hecho superado por parte del departamento de Caldas:** en la actualidad, y a la fecha de contestación de la demanda, las Instituciones Educativas Renán Barco sede Ferias y Marco Fidel Suárez cuentan con el servicio de aseo según contrato 21102016-0704, el cual se está ejecutando, lo que denota que el hecho generador de la presente acción se encuentra superado.

MUNICIPIO DE LA DORADA: en primer momento se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al asegurar que se demostrará la guarda, protección y garantía de los derechos colectivos presuntamente vulnerados.

En cuanto a los supuestos fácticos, aseguró que se está en presencia de un hecho superado por carencia actual de objeto, por lo que propuso esta excepción. Y añadió que la acción u omisión del obligado está superada en cuanto las obligaciones que le son inherentes al municipio han sido correspondidas, es decir, la afectación de los derechos se sale del resorte de la competencia municipal.

Añadió que la contratación y el manejo de la planta de personal, nombramientos de docentes, personal administrativo y servicios generales le corresponden a la secretaría de Educación del Departamento, ya que el municipio de La Dorada no se encuentra certificado en educación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 9 de febrero de 2022, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales accedió a pretensiones tras plantearse como problemas jurídicos determinar si existió violación de derechos e intereses colectivos por las afectaciones que generaba la interacción entre seres humanos y animales que cohabitaban las instituciones educativas Renán Barco sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez del municipio de La Dorada Caldas. Si se presentaba violación de derechos e intereses colectivos, por la insuficiencia (oportunidad –capacidad –cantidad -frecuencia) del servicio de aseo que se prestaba en las instituciones educativas Renán Barco sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez. Y finalmente, en caso de acceder a la protección de derechos e intereses colectivos, sobre quién recaía la responsabilidad de su protección.

En primer momento realizó un análisis de los derechos colectivos invocados como vulnerados, y, seguidamente, con apoyo en el material probatorio, concluyó que la violación de derechos había quedado plenamente probada, no solo en cabeza del municipio de La Dorada sino del Departamento de Caldas, quienes con su actuar omisivo suscitaron no solo la proliferación de palomas en los establecimientos educativos, sino que el servicio de aseo fuera prestado por personal insuficiente para la cobertura eficiente del servicio público educativo.

Aseguró que con las pruebas testimoniales y la inspección judicial quedaba acreditada la cohabitación de palomas y niños en etapa escolar, lo cual representaba un peligro para la salud de los jóvenes, en este caso, por falta de control y verificación de condiciones sanitarias que debía realizar el municipio de La Dorada según sus competencias.

Y también, con fundamento en el material probatorio recaudado, concluyó que las aseadoras que prestaban sus servicios en las instituciones educativas Renán Barco sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez eran insuficientes en atención a la dimensión de los planteles educativos y la cantidad de estudiantes.

En tal sentido, afirmó que para el juzgado había quedado probada la violación de derechos a los intereses colectivos al acceso a una infraestructura de servicios que garantizara la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y que su prestación fuera sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios, consagrados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, por lo que accedió a las pretensiones de la demanda emitiendo unas órdenes específicas que no solo quedaron plasmadas en la parte motiva sino en la resolutive del fallo.

Se consignó en la parte resolutive:

PRIMERO: ACCEDER A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS relacionados con los derechos colectivos al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios, amenazados por el MUNICIPIO DE LA DORADA CALDAS y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de improcedencia de hecho superado por carencia de objeto, propuesta por el municipio de La Dorada Caldas y de Inexistencia de vulneración de derechos e intereses colectivos por parte del Departamento de Caldas y Carencia de objeto por hecho superado por parte del Departamento de Caldas, propuestas por los entes territoriales respectivamente, de conformidad con lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Para la protección de los derechos e intereses colectivos descritos en el presente fallo, se imparten las siguientes órdenes:

ORDÉNASE AL MUNICIPIO DE LA DORADA CALDAS que dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin a este asunto, adopte un plan de manejo para el control y retiro de la población de palomas en las instituciones educativas Renán Barco Sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez, que incluya acciones que propendan por el mejoramiento de condiciones en pro del bienestar de las palomas y su control poblacional, mitigando los riesgos para el ser humano, desde los aspectos de salubridad, disfrute de un

ambiente sano y mejorando las condiciones de habitabilidad de estos centros de estudio.

El plan no puede tener como objetivo exterminar la especie de palomas, si no generar bienestar, controlando su crecimiento y previniendo daños irreparables para la sociedad y los animales.

ORDÉNASE AL DEPARTAMENTO DE CALDAS que dentro de las competencias que le entrega la ley, en cuanto a la administración del servicio público de educación, y dentro de los tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que pongan fin a la actuación, realice los estudios contractuales necesarios, para la prestación eficiente del servicio de aseo en las instituciones educativas Renán Barco Sede Las Ferias y Marco Fidel Suarez del municipio de La Dorada Caldas, de tal manera que cómo mínimo se respeten los siguientes parámetros:

Respecto de la institución educativa Renán Barco de La Dorada, se debe aumentar el número de trabajadores del servicio de aseo a ocho (8), dada la carga estudiantil de 2.300 estudiantes, con un área por cubrir de 20 mil metros cuadrados y jornadas de mañana tarde y noche, en edades desde los 5 años hasta adultos, en dos sedes.

Asimismo, el planeamiento contractual del servicio de aseo para estas instituciones educativas, deberá tener en cuenta que el servicio de aseo debe estar disponible como mínimo una (1) semana antes del inicio de las clases, luego de los períodos de vacaciones y, asimismo, debe estar en funcionamiento dos (2) horas antes del inicio de la jornada escolar diaria y permanecer una hora después de la terminación de la jornada de estudio. Lo anterior, con miras a proteger la salubridad e higiene de los menores que se benefician de este servicio prestado por el Estado.

Respecto de la institución educativa Marco Fidel Suárez, se debe aumentar el número de trabajadores del servicio de aseo a cuatro (4), dada la carga estudiantil de 1.500 estudiantes, 40 docentes y administrativos, más los 11.000 metros cuadrados que deben cubrir. Tal como se indicó anteriormente, el planeamiento contractual del servicio de aseo para esta institución educativa, deberá tener en cuenta que el servicio de aseo debe estar disponible como mínimo una (1) semana antes del inicio de las clases, luego de los períodos de vacaciones y, asimismo, debe estar en funcionamiento dos (2) horas antes del inicio de la jornada escolar diaria y permanecer una hora después de la terminación de la jornada de estudio. Lo anterior, con miras a proteger la salubridad e higiene de los menores que se benefician de este servicio prestado por el Estado.

CUARTO: SIN COSTAS, de conformidad con lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONFÓRMASE un Comité de Verificación de cumplimiento de esta sentencia integrado por las y los Procuradores Judiciales como accionantes, por el señor alcalde del Municipio de la Dorada Caldas o su delegado, por el señor gobernador de Caldas o su delegado y el Personero de La Dorada Caldas su delegado, a través de la cual deberán presentar informes trimestrales ante este Despacho.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

DEPARTAMENTO DE CALDAS: presentó recurso de alzada contra la providencia de primera instancia, según documento que en el expediente escaneado de primera instancia se identifica con el #40

Manifestó que en este caso se presentó un desequilibrio entre las partes en el trámite del proceso, especialmente en lo atinente a las pruebas, ya que en la audiencia en la que se practicaron el despacho no admitió una prueba sobreviviente con la cual se pretendía se tuviera conocimiento del nuevo contrato de aseo, lo cual es importante ya que los hechos de la presente acción son del año 2018; y máxime cuando el presupuesto tiene una ejecución anualizada y el contrato de aseo aportado con la contestación no era el mismo que se estaba ejecutando al momento de la práctica de pruebas.

Resaltó que el departamento de Caldas no puede realizar lo ordenado por el juzgado en la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que las competencias presupuestales y de impacto fiscal son propias del Ministerio de Educación Nacional.

Agregó que durante todo el trámite del proceso se pusieron en conocimiento las dificultades financieras que tiene la secretaría de Educación del departamento de Caldas en lo referente a la recepción de recursos en razón a la pirámide invertida, ya que cada vez hay menos jóvenes accediendo al sistema educativo y el Ministerio de Educación Nacional asigna recursos dependiendo de la población atendida, es decir, del número de estudiantes matriculados. Aunado que se demostró que efectivamente se estaba prestando el servicio de aseo, pero el debate se centró en que este era insuficiente, más no se tuvo en cuenta que quien contrata a las aseadoras es el consorcio que administra el contrato, y, por lo tanto, estas personas no hacen parte de la planta de personal de la secretaría de Educación; así como el hecho que la decisión no se soportó en un estudio técnico que demostrara el tener que aumentar para las Instituciones Educativas Renán Barco y Marco Fidel Suárez el número de aseadoras para quedar incluso a la par de las que se tienen para

el todo el municipio de La Dorada, lo que denota que el despacho realizó una indebida valoración de los medios probatorios, pues si se pretende alterar un contrato en ejecución, afectar las partidas presupuestales del Ministerio de Educación y del Ministerio de Hacienda, como mínimo, se debía demostrar la necesidad de contar con más empleados de aseo.

Adicional a ello, expuso el tema atinente al impacto financiero y el equilibrio de cargas en relación con el cumplimiento del fallo en los términos en que fue dictado por el juzgado, e hizo mención a que el Ministerio de Educación Nacional emitió documento técnico que presenta la distribución parcial de los recursos correspondientes a las doce doceavas de la participación para educación por el criterio de población atendida para el departamento de Caldas, el cual denota que los recursos tiene una destinación específica que no puede ser alterada *motu proprio*; y explicó que ya se suscribió contrato para aseo en las instituciones educativas por lo que actualmente hay uno en ejecución, y para adicionar este se debe contar con una mayor partida presupuestal por parte del Ministerio de Educación Nacional, ya que la ejecución de los contratos de funcionamiento de la secretaría se realizan con recursos girados con destinación específica del Sistema General de Participaciones, por lo que no puede entonces impartirse una orden al departamento de Caldas cuando este depende de otros actores directos como lo es el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Hacienda.

Resaltó que no se quiere dar a entender que el departamento de Caldas quiere socavar sus responsabilidades, pero se debió considerar, ante la mutación de las pretensiones y lo ordenado por el juzgado vincular o, como mínimo, requerir al Ministerio de Hacienda, Ministerio de Educación Nacional y al Congreso de la República para que se puedan afectar las partidas presupuestales que se le asignan a las entidades territoriales, ya que la asignación de recursos por parte del Ministerio de Educación Nacional depende de la población atendida.

Hizo mención también a la imposibilidad de cumplir con la sentencia de primera instancia ante la ausencia de justificación por parte del despacho con ocasión a la orden que impartió, ya que no indicó siquiera cómo debe o puede ser cumplida, sin que sea claro qué papel juega el Ministerio de Educación y el Ministerio de Hacienda para la asignación de más presupuesto para este propósito; incluso, consideró que debió entonces el despacho vincular al Congreso de la República para que este legisle sobre la asignación de más presupuesto por parte del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Educación para las

entidades territoriales, ya que a la fecha la ley ordena que el presupuesto se distribuya por población atendida y no por necesidad del servicio.

Con el recurso de apelación aportó la siguiente prueba documental, la cual fue decretada en segunda instancia:

- Oficio Rad. 2022-EE-004123 del 14 de enero de 2022 del Ministerio de Educación Nacional (Distribución recursos Sistema General de Participaciones SGP Educación Vigencia 2022 y orientaciones de uso-SED Caldas).
- Pantallazo SECOP radicación del contrato de aseo nro. 24012022-0493 para el año 2022, y contrato de aseo.
- Documento que tiene como asunto “información obras ejecutadas Renán Barco”, que data del 24 de enero de 2021.
- Resolución No. 2567-6 del 26 de abril de 2019, por medio de la cual se ordena una transferencia al Fondo de Servicios Educativos de la institución educativa Marco Fidel Suárez del Municipio de La Dorada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: no presentó alegatos.

Departamento de Caldas: se ratificó en los argumentos planteados al momento de contestar la demanda, los alegatos de conclusión de primera instancia y el recurso de apelación, pero hizo énfasis en que se debe considerar que el proceso mutó exponencialmente desde las pretensiones iniciales hasta la condena por el excesivo lapso de tiempo que ha tomado, y en ese sentido se han ejecutado diferentes contratos de aseo y siempre se ha presentado este servicio en las diferentes instituciones educativas.

Aunado a ello, aseguró que se debe tener en cuenta la carencia presupuestal de la Nación para con el departamento de Caldas, en razón a que el presupuesto es asignado por población atendida y cada vez hay menos jóvenes matriculándose; y pese a que el departamento recibió menos presupuesto en comparación con la vigencia anterior, sigue siendo prioridad la prestación del servicio de aseo en la población estudiantil del departamento.

Finalmente, insistió en que hay una imposibilidad de cumplir con lo ordenado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, no solo porque el Ministerio de Educación no hizo parte del presente proceso, sino porque estos recursos provienen de esta cartera ministerial con destinación específica, sumado a que es el Ministerio de Educación Nacional el garante de la prestación del servicio educativo.

Municipio de La Dorada: solicitó que la sentencia sea revocada y, en su lugar, se declare que el municipio de La Dorada ha dado cumplimiento a las obligaciones que le corresponden; y resaltó que imponer cargas adicionales sería perjudicial para las actividades que por ley le son asignadas al ente territorial, precisando que el municipio ha realizado todas las actuaciones de su competencia para satisfacer las necesidades de las instituciones educativas Renán Barco sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez.

Aclaró que el municipio de La Dorada no se encuentra certificado en educación, en consecuencia, las pretensiones de los accionantes no pueden ser atendidas directamente por el municipio, sin dejar de lado que como se evidenció en el tiempo transcurrido entre la admisión de la demanda y la sentencia por parte de las entidades vinculadas se ejercieron todas las acciones pertinentes y necesarias con el fin de que los estudiantes de las instituciones educativas tuvieran garantizados sus derechos.

Frente a la obligación impuesta al municipio de la Dorada de adoptar dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia un plan de manejo para el control de la población de palomas en las instituciones educativas Renán Barco sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez, que incluya acciones que propendan por el mejoramiento de condiciones en pro del bienestar de las palomas y su control poblacional, mitigando los riesgos para el ser humano, desde los aspectos de salubridad, disfrute de un ambiente sano y mejorando las condiciones de habitabilidad de estos centros de estudio, aclaró que las palomas solo se encuentran en la Institución Educativa Renán Barco sede Las Ferias; y, por otro lado, al no existir un estudio técnico o de salubridad que demuestre que la existencia de palomas genere un riesgo a la salud, el juzgado no contaba con la justificación de la carga impuesta al municipio al momento de emitir la sentencia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Al señor Procurador Judicial nro. 29 se le aceptó el impedimento que presentó para intervenir en segunda instancia en este proceso mediante auto del 21 de abril de 2022, sin

que para el momento en que se proyectó el fallo y se pasó a revisión de los otros Magistrados de la Sala se conociera la designación de otro agente del Ministerio Público para actuar en el presente asunto.

CONSIDERACIONES

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

Antes de establecer los problemas jurídicos a resolver, se aclara que en la sentencia de primera instancia se protegieron los derechos colectivos invocados como vulnerados, y como consecuencia de ellos se emitieron dos órdenes; una al municipio de La Dorada relacionada con el tema de las palomas; y otra al departamento de Caldas en torno al tema del servicio de aseo.

El único accionado que interpuso recurso de apelación fue el departamento de Caldas, por lo que el problema jurídico que se planteará en esta instancia tendrá que ver con el motivo de inconformidad de esta parte con el fallo del juzgado.

Problema Jurídico

¿Se ajusto a pruebas técnicas y razonables la orden dada por el juez de primera instancia al departamento de Caldas, para proteger la vulneración de los derechos colectivos que se presenta en dos instituciones educativas del municipio de La Dorada por la prestación deficiente del servicio de aseo?

Lo probado en el proceso

➤ Al momento de pronunciarse sobre el escrito constitutivo del requisito de procedibilidad presentado por los procuradores demandantes, el señor secretario de Educación del departamento de Caldas frente al tema del aseo manifestó lo siguiente:

Los recursos asignados por el Ministerio de Educación para la vigencia 2019, para la Gobernación corresponden al criterio de población atendida, los cuales para la vigencia 2019 a través del documento DNP corresponde para el Departamento de Caldas la suma de \$266.000.000 mil millones de pesos, los cuales según Decreto 1075 de 2015, deberán ser priorizados para el pago de la

nómina y salarios, es de establecer que la nómina de docentes y directivos docentes para la vigencia 2019 asciende a un valor de 300.000.000 mil millones de pesos; por lo tanto no se cuenta con recursos suficientes para atender el 100% de las necesidades del servicio de aseo en las instituciones educativas, toda vez que el mismo se prioriza en el pago de salarios al personal docente y directivo docente y administrativo.

➤ Con la contestación de la demanda, el departamento de Caldas aportó copia del contrato 21102016-0704, cuyo objeto era *“Prestar el servicio de aseo en instituciones educativas de los 26 municipios no certificados del Departamento de Caldas”*.

En este contrato se consagró que las actividades a desarrollar por el contratista se circunscribían a suministrar todo el personal necesario para la atención y prestación del servicio de aseo en los establecimientos educativos de los diferentes módulos; con una cobertura de lunes a sábado en turnos de 48 horas semanales. Para el municipio de La Dorada se determinó la necesidad de 11 operadores.

En los aspectos a tener en cuenta en la prestación del servicio se enlistaron los siguientes términos y alcances:

a) Servicio de Aseo: El servicio de aseo corresponde a las labores inherentes a esta función, e incluye lo siguiente:

b) Mantener aseada las aulas de clase, oficinas, laboratorios, salas de informática, auditorios, sala de profesores, baños, patios, bibliotecas y pasillos o corredores de las instituciones educativas donde presten sus servicios.

c) Retiro del polvo de muebles y enseres.

d) Limpieza superficial de polvo de los equipos de oficina utilizando limpiadores secos o semi-húmedos, según se requiera.

e) Se debe evitar que dentro de los teclados de los equipos penetren líquidos de cualquier índole.

f) Limpieza periódica de paredes, puertas, divisiones y andenes de la edificación donde funcionan las instituciones educativas.

g) Barrida, lavada, trapeada de los pisos, tratándolos diariamente según sus características para obtener una buena limpieza.

h) Lavado diario de baños, y cuantas veces sea necesario al día, para mantenerlos en una adecuada higiene; así mismo, se deben desinfectar basuras en forma permanente y recoger sus basuras en forma permanente.

i) Recolección diaria de las basuras provenientes de papeleras de las diferentes dependencias y aulas, lavado y desinfección de las mismas.

j) Limpieza y retiro de manchas en vidrios, ventanas (interna y externamente al alcance natural de cada operario). Los vidrios y superficies de los escritorios, se deben limpiar diariamente.

k) Cuando se esté trapeando o lavando los pisos, se debe colocar avisos de precaución por seguridad.

Sobre el plazo de ejecución, se indicó que el mismo iba desde el cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, legalización y la suscripción del acta de inicio hasta el 6 de diciembre de 2019, precisándose que el servicio de aseo en el año 2016 se prestaría hasta el 2 de diciembre de ese año; que en los años 2017, 2018 y 2019 se prestaría en 40 semanas de trabajo con los estudiantes, según el Decreto 1850 de 2002. Y se mencionó que la secretaría de Educación a través de la resolución fijaría el calendario académico para cada vigencia.

➤ Dentro del proceso se realizó inspección judicial a las sedes de las instituciones educativas Marco Fidel Suárez y Renán Barco – sede Ferias. De los vídeos contentivos de la inspección se extrae lo siguiente para el proceso:

Institución Educativa Marco Fidel Suárez: la diligencia tenía como finalidad verificar si había personal de aseo suficiente en la institución; y, en resumen, se evidenció que había una persona encargada del mismo, señor Edgar Rodríguez, quien realizaba la limpieza de las baterías sanitarias, áreas comunes, oficinas, biblioteca, sala de profesores, laboratorios; es decir, de lo único que no se hacía cargo era del aseo de los salones, que son 22, el cual era realizado por los estudiantes.

Que esta persona trabajaba 3 días (lunes, martes y miércoles) en turnos de 10 horas cada día; y 2 días (jueves y viernes) en turnos de 9 horas cada día, para así no tener que trabajar los sábados. Que su horario era de 6:30 a.m. hasta las 12:00 p.m., y de 1:30 p.m. a 5:30 p.m.

Se dejó constancia en la diligencia que la institución es muy extensa, y que además cuenta con 1.200 alumnos.

Institución Educativa Renán Barco – sede Ferias: la diligencia tenía como finalidad verificar si existía personal de aseo en la institución; y, en síntesis, se advirtió que se contaba con la presencia de 2 operarias de aseo para la sede Las Ferias (Olga Lucia Castro Bermúdez y Olga Hasbleidy Guerra), porque la Institución Educativa tiene varias sedes; y en la sede Las Ferias funciona preescolar y básica primaria, que equivale a 1.300 estudiantes en el día; y por la noche se imparte educación para adultos, con un número aproximado de 240 estudiantes.

Que las aseadores tienen a su cargo la limpieza de las áreas comunes, las zonas verdes, pasillos de primer y segundo piso y de baterías sanitarias, y se aclaró que los salones no se alcanzaban a asear.

En cuanto a los baños de primaria se manifestó que no estaban en muy buenas condiciones de aseo porque el personal no alcanzaba a tener todo al día, ya que se hacía aseo dos veces en la jornada, pero eran muchos estudiantes. La limpieza en los baños se realizaba al medio día, para que la jornada de la tarde los encuentra limpios; y al finalizar la jornada de la tarde para que la jornada de la noche encontrara todo en buen estado. Que los baños de preescolar estaban en mejores condiciones de aseo porque eran niños más pequeños y las profesoras los acompañaban.

Se advirtió que el mayor problema de aseo se generaba por la presencia de palomas.

➤ Rindieron declaración dentro de este trámite judicial las siguientes personas, quienes manifestaron sobre la situación de aseo en las instituciones educativas, en síntesis, lo siguiente:

María Nancy López Alfaro –ejerció el cargo de Personera en el municipio de La Dorada desde marzo de 2016 hasta febrero de 2020:

Informó acerca del objeto del proceso, que como personera tenía por función velar y garantizar los derechos de la comunidad, en especial de la estudiantil, y por ello estuvieron atentos y vigilantes al inicio de la jornada escolar en varias vigencias en el municipio y en

tal sentido realizaron algunas visitas para revisar el estado de las instituciones educativas para dar apertura a la jornada escolar 2019-2020.

Que como resultado de esas visitas se pudo evidenciar que los planteles presentaba necesidades de mantenimiento en las baterías sanitarias, placas deportivas, cielo rasos, instalaciones eléctricas, área de movilidad interna y externa, poda de árboles, afectación de andenes por falta de mantenimiento; así como también se observó que no había oportunidad en la prestación del servicio de aseo y vigilancia, incluso explicó que el inicio de la jornada escolar se vio afectado por el estado de aseo de los planteles educativos debido a que el personal para realizar el servicio es asignado por la gobernación ya que el municipio de La Dorada no está certificado en educación, entonces los planteles educativos duraban cerrados todo el tiempo de vacaciones, y en este período, que es de aproximadamente 2 meses, no había quien realizara la limpieza y el mantenimiento, por lo cual para el comienzo de la jornada escolar estas instituciones están en muy mal estado, y en ocasiones el personal llega el mismo día en que se da inicio a la jornada, o incluso ni siquiera el mismo día, por lo que el estado de aseo es deplorable, lo que genera que en muchas ocasiones la limpieza sea asumida con costos que cancelan los mismos docentes, o recurren a donaciones y contribuciones de los padres de familia.

En relación con la Institución Educativa Renán Barco indicó que tienen dos sedes, la sede Ferias y la Juan Pablo Segundo. Que la sede Ferias se ha dejado para estudiantes de primaria; y secundaria se atiende en la sede Juan Pablo Segundo. Y procedió a explicar las necesidades que tiene la institución en temas de infraestructura, aseo y por las palomas.

Que, sobre el asunto, como personería, realizaron dos intervenciones a través de oficios; una al gobernador saliente, y otra al actual gobernador; a este último mediante escrito PM01110266 del 30 de enero de 2020.

En relación con la Institución Educativa Renán Barco informó que en la última visita que se hizo para el inicio de la jornada escolar 2020 se detectaron afectaciones por palomas, falta de oportunidad en el servicio de aseo y personal de vigilancia insuficiente; así mismo, se plantearon por el rector otras necesidades que tiene el colegio a nivel de infraestructura y elementos de estudio.

Y sobre la Institución Educativa Marco Fidel Suárez se allegó un oficio por el rector de fecha febrero 17 de 2020 en el cual manifestó que se requiere con urgencia que la institución sea

dotada con equipos de cómputo nuevos para la sala de sistemas lugar donde se desarrollan las clases de preescolar, primaria y bachillerato.

Rudy José Galeano –rector de la Institución Educativa Renán Barco:

Explicó que las instituciones del municipio de la Dorada atraviesan situaciones similares, como el tema de insuficiencia de personal para el servicio de aseo. Que en el caso de la Institución Educativa Renán Barco esta tiene dos sedes, la Juan Pablo Segundo y la sede Concentración Escolar Las Ferias; que por su tamaño es la segunda institución más grande del departamento, después de Nuestra Señora del Carmen, refiriéndose al número de estudiantes que albergan, y por ello requieren mayores recursos y personas para desarrollar una serie de tareas que garanticen el servicio educativo.

Que en su caso la institución cuenta con 4 aseadoras que se distribuyen 2 para la sede Concentración Escolar Las Ferias donde hay alrededor de unos 1.500 estudiantes, y las otras 2 para la sede Juan Pablo Segundo donde hay más o menos 883 estudiantes; en un área de 20.000 metros, unas 2 hectáreas, donde se encuentran los bloques. Que eso quiere decir que por el tamaño en metros cuadrados de una institución se requieren más de 2 aseadores en ambas sedes, porque en la sede Las Ferias, que es objeto de este proceso, se tiene jornada mañana, tarde y noche, ya que se atiende preescolar y básica primaria en el día, en dos jornadas, mañana y tarde, con niños en edades entre los 5 hasta los 13 años, desde transición a grado quinto, alrededor de unos 1.200 estudiantes. Y en la noche hay educación para adultos, más o menos 250 estudiantes, en edades de 14 a 70 años. En ese sentido considera el testigo que es insuficiente el número de aseadores que tienen para garantizar el servicio de limpieza en las 2 sedes.

Así mismo, en su declaración planteó el tema de la insuficiencia del personal de vigilancia, ya que en la sede Las Ferias se cubre el servicio las 24 horas, con vigilantes que atienden turno de 12 horas, de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., y de 6:00 p.m. a 6:00 a.m., lo que hace imposible garantizar el tema de seguridad.

En cuanto a las palomas, explicó que cada vez se tienen más aves de este tipo en ambas sedes, y explicó que el excremento de estos animales es realmente perjudicial para la salud de los seres humanos, en especial de los niños, máxime porque no tienen personal suficiente para lavar pisos a diario; y a eso se le suma también que hay murciélagos que

duermen en los techos, y sus excrementos quedan depositados en los pasillos, lo que genera un problema de salud pública.

Mencionó que cuando la personería realizó la visita no tenían personal del consorcio para aseo porque este se suspende en vacaciones y en época de desarrollo institucional. Que el personal llega entre la semana del 20, que es la semana que entran a laborar con estudiantes, pero que cuando se realizó la visita las instituciones estaban cerradas, solas, y claro que por el período de vacaciones hubo acumulación de basuras más las palomas, y todas esas semanas sin servicio de aseo generaron que las condiciones no eran las mejores. Pero señaló que el municipio adelantó brigada de aseo con los estudiantes en la semana previa al inicio de clases por todos los colegios para poder arrancar la jornada escolar.

Explicó que a su juicio el personal de aseo es insuficiente por el tamaño de la infraestructura pues hay múltiples pasillos, corredores, áreas comunes, patios, por lo que se requiere de más trabajadores, y aclaró que el personal no se encarga del aseo de las aulas porque humanamente es imposible. Que las aseadoras se dedican al aseo en corredores, patios, recogen hojas, limpian las baterías sanitarias de manera permanente.

Julián López Monsalve – rector de la Institución Educativa Marco Fidel Suárez

Sobre el tema del aseo explicó que dentro de la planta de personal no se cuenta con una persona nombrada para realizar estas tareas, que esas labores las lleva a cabo una persona que envía la gobernación luego que hace una licitación; que generalmente llega al comenzar el año y está mientras duren las clases, ya que el día que estas terminan el aseador se va, pese a que los docentes continúan laborando.

Considera que una persona para el aseo no es suficiente porque la institución tiene 1.200 estudiantes diariamente, 40 docentes, administrativos y flujo de personas en el día a día; incluso explicó que se está construyendo una obra de infraestructura que suma 10 aulas más, baterías sanitarias, auditorio, biblioteca, lo que hará que se aumente la planta física, lo que quiere decir que si antes se necesitaban más personal ahora con la planta nueva con mayor razón, máxime cuando el terreno es demasiado grande.

Manifestó que la institución tiene dos jornadas, y que hay niños desde las 6:00 a.m., en preescolar y primaria; y por la tarde la jornada de bachillerato hasta las 6:00 p.m., y que la persona del aseo trabaja en 2 jornadas y por ello se le asigna un horario para que llegue en

la mañana, descanse al medio día y retome para la tarde, ya que es una labor de todo el día.

En cuanto a los requerimientos que ha realizado sobre la insuficiencia del servicio de aseo indicó que cuando tienen encuentros con la secretaría de Educación exponen el tema, pero que ya una vez mencionaron que nombrar planta de personal para los colegios era muy difícil, y que además el tema no dependía de ellos. Entonces señaló que se conforman con la aseadora que mandan anualmente, pero que cuando hay oportunidad se menciona esta necesidad porque la institución es muy grande.

Sostuvo que había un aseador nombrado por la gobernación que trabajó de enero a abril, porque cuando empezó la pandemia se liquidó el contrato; lo que significa que de abril al momento de rendir la declaración no había personal de aseo, y este era realizado por los empleados en las oficinas o los espacios donde laboraban, pero que los salones, laboratorios, todo eso estaba invadido por la mugre.

Explicó que a su juicio en la institución se requeriría un número de 3 o 4 aseadoras, teniendo en cuenta especialmente el tema de la nueva infraestructura.

Manifestó que a su juicio las limitaciones de aseo inciden en las condiciones de salubridad de la comunidad educativa, especialmente con el tema de la pandemia; y explicó que los niños grandes del colegio tienen que hacer el aseo al finalizar la jornada para que recojan lo que ellos han producido en el día, pero considera que esa labor no la deberían hacer ya que de eso debería encargarse el personal del aseo.

Destacó que con el tema de la pandemia era angustiante la situación porque se necesitaba el personal de aseo ya que el riesgo era notorio, y más por los protocolos de seguridad, pues hay que hacer desinfecciones constantes.

Añadió que semanalmente cada salón hace comisiones de aseo; organiza silletería, barren y recogen papeles para que la siguiente jornada encuentre limpio, ya que entre jornada y jornada solo hay 15 minutos de espacio, entonces no hay tiempo que una sola persona organice todo.

Jhon Wilder Sánchez Obando – secretario de Educación del municipio La Dorada: Hizo alusión a temas atinentes a la infraestructura de las instituciones educativas y los dineros

que se han invertido en mejorarlas. Y en relación con el asunto del aseo, indicó que una vez se posesionó en el cargo hizo un primer acercamiento con el secretario de Educación comunicándole las necesidades que tenían frente a aseo y vigilantes, y ante eso el secretario le informó que se estaba haciendo el proceso de contratación de las aseadoras, situación que se dio antes de iniciar la jornada escolar, pero que cuando llegó el día 20 lastimosamente no vieron los resultados de nombramientos o contratación, por lo que toda la administración municipal activó una jornada de limpieza para la sede Juan Pablo Segundo; y en la Marco Fidel Suárez también se quiso realizar una brigada de aseo pero el señor rector se adelantó y ya había tenido esos espacios, destacando que la comunidad de la Marco Fidel Suárez tiene un sentido de pertenencia fuerte.

➤ Como prueba documental adjuntada al recurso de apelación y decretada en segunda instancia al momento de admitirse el recurso, se aportaron varios documentos, entre ellos, el contrato de prestación de servicios celebrado entre el departamento de Caldas y la empresa Bioservicios cuyo objeto es *“La prestación del servicio integral de aseo y desinfección (sin insumos) en las diferentes instituciones educativas oficiales en los municipios no certificados del Departamento de Caldas”*; el cual tiene una duración desde la suscripción del acta de inicio hasta el 4 de diciembre de 2022.

En el clausulado del contrato se plasmó lo siguiente:

Cláusula Primera -Objeto del Contrato: PRESTACIÓN DEL SERVICIO INTEGRAL DE ASEO Y DESINFECCION (SIN INSUMOS) EN LAS DIFERENTES INSTITUCIONES EDUCATIVAS OFICIALES DE LOS MUNICIPIOS NO CERTIFICADOS DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS. Alcance del Objeto Contractual. De conformidad con las condiciones generales de los servicios requeridos en las diferentes Instituciones Educativas, se deben definir algunas situaciones y especificaciones que debe asumir y cumplir el contratista para la correcta ejecución del presente proceso:

- *El servicio solicitado se debe prestar en forma permanente, durante seis (6) días a la semana (lunes a sábado), en los establecimientos educativos del Departamento. En todo caso la prestación del servicio por parte del contratista se realizará de acuerdo con la intensidad horaria señalada, lugar de ubicación de las sedes educativas y de acuerdo a la programación que presente el directivo docente de cada Establecimiento Educativo.*
- *Las Instituciones educativas suministrarán los insumos y elementos necesarios para la correcta prestación del servicio de aseo.*

- *El contratista deberá realizar un cronograma de capacitación en manejo de protocolos de bioseguridad el cual debe realizarse durante el primer mes de ejecución del contrato. Así mismo, debe garantizar los elementos de bioseguridad a todos sus operarios para la prestación del servicio, de acuerdo con la Resolución 777 de 2021.*

Cláusula Segunda- Especificaciones del objeto contractual: SERVICIOS DE ASEO, DESINFECCION Y CONSERVACIÓN: El grupo destinado para las labores de aseo y desinfección, estará conformado por el número de operarios pactados, de acuerdo a la oferta económica, el cual no podrá ser inferior de 121 operarios distribuidos en los 26 municipios no certificados del Departamento. De acuerdo a la siguiente distribución por municipio, estableciendo de acuerdo a la necesidad del servicio se podrá realizar la redistribución del personal con el visto bueno de la empresa y el supervisor del contrato:

MUNICIPIO	NÚMERO DE OPERARIOS POR MUNICIPIO
AGUADAS	6
(...)	(...)
LA DORADA	12

(...)

Cláusula Tercera -Obligaciones Específicas del Contratista:

- 1. Ejecutar el objeto del contrato en los plazos establecidos, bajo las condiciones económicas, técnicas y financieras estipuladas en las cláusulas correspondientes y de acuerdo con su propuesta los cuales hacen parte integrante del contrato.*
- 2. Suministrar el personal de acuerdo a las necesidades de la Secretaría de Educación - Departamento de Caldas y al perfil requerido para cada uno de los casos.*
- 3. Vincular el personal contratado con base en la legislación laboral vigente en Colombia y deberá atender todas sus exigencias en materia de salarios, prestaciones sociales legales, seguridad social, parafiscales, riesgos laborales y demás obligaciones que conlleve dicha contratación y de acuerdo a la labor a realizar. Los pagos señalados deberán hacerse en forma oportuna y cumplida, so pena de ser denunciado ante el Ministerio del Trabajo o quien haga sus veces.*
- 4. Efectuar oportunamente el pago de salarios y prestaciones sociales del personal a su servicio dentro de la ejecución del presente contrato.*
- 5. Presentar al supervisor del contrato, el comprobante de pago de cada uno de los trabajadores*
- 6. Acatar las peticiones para proveer personal, cambio, o atención de eventualidades en materia del personal y*

atenderse en un plazo máximo, establecido dentro del cuadro de plazos de respuesta a solicitudes.

7. Contar con un empleado de la empresa, que hará las veces de coordinador general.

8. Responder en forma exclusiva por el cumplimiento de las normas de salud ocupacional y seguridad industrial de todo el personal empleado, en la ejecución de los trabajos.

9. Mantener a la Secretaría de Educación - Departamento de Caldas indemne y libre de todo reclamo, litigio o acción legal por acción u omisión en la ejecución del objeto contratado.

10. Verificar, los antecedentes judiciales, disciplinarios y fiscales, del personal que contratará para la ejecución del contrato, en consecuencia el contratista mantendrá indemne a la Secretaria de Educación - Departamento de Caldas y ésta no adquiere ninguna relación civil o laboral con los trabajadores del contratista.

11. Responder por los elementos de aseo de propiedad de las Instituciones Educativas que le fueren entregados al personal contratista bajo su cuidado, control y tenencia.

12. Responder por el uso indebido o pérdida de los elementos de trabajo que le hayan sido entregados para el desarrollo de la gestión por parte de las Instituciones Educativas.

13. Informar por escrito al Supervisor designado por el Departamento de Caldas Secretaría de Educación, de manera inmediata al conocimiento del hecho o circunstancias que puedan incidir en la no oportuna o debida ejecución del contrato o que puedan poner en peligro los intereses legítimos de las Instituciones Educativas.

14. Retirar de su planta de personal operativa, aquellas personas que a juicio del Supervisor del contrato designado por el Departamento, no desarrollan su labor a cabalidad.

15. Ser responsable del personal que reemplace a los titulares por incapacidades, licencias, vacaciones, renuncia, y verificar que el mismo cuente con igual o superior perfil del que se sustituye o reemplace.

16. Cumplir con todas las normas y disposiciones legales vigentes, para la ejecución de este contrato.

17. Prestar el servicio de aseo de acuerdo a los procedimientos y normas nacionales de limpieza y desinfección, aceptadas en el país y con estricta aplicación de los principios básicos y especiales de seguridad industrial aplicadas y aceptadas en Colombia

18. Verificar que el personal que preste los servicios deberá estar uniformado y carnetizado de acuerdo a las características propias de la empresa contratista.

Para efectos de esta contratación, se acuerdan los siguientes términos y alcances: Servicio de Aseo: El servicio de aseo corresponde a las labores inherentes a esta función, e incluye lo siguiente:

- *Mantener aseada las aulas de clase, oficinas, laboratorios, salas de informática, auditorios, sala de profesores, baños, patios, bibliotecas y pasillo o corredores de las instituciones educativas donde presten sus servicios.*
- *Retirar el polvo de muebles y enseres.*
- *Limpiar el polvo de los equipos de oficina utilizando limpiadores secos o semi-húmedos, según se requiera.*
- *Evitar que dentro de los teclados de los equipos penetren líquidos de cualquier índole.*
- *Limpiar periódicamente: paredes, puertas, divisiones y andenes de la edificación donde funcionan las instituciones educativas.*
- *Barrer, lavar, trapear los pisos, tratándolos diariamente según sus características para obtener una buena limpieza.*
- *Lavar diariamente los baños, y cuantas veces sea necesario al día, para mantenerlos en una adecuada higiene; así mismo, desinfectar y recoger sus basuras en forma permanente.*
- *Recolectar diariamente las basuras provenientes de papeleras de las diferentes dependencias y aulas, lavado y desinfección de las mismas.*
- *Limpiar y retirar manchas en vidrios, ventanas (interna y externamente al alcance natural de cada operario). Los vidrios y superficies de los escritorios, se deben limpiar diariamente.*
- *Colocar avisos de precaución por seguridad cuando se esté trapeando o lavando los pisos. Verificar el aseo, la desinfección, y comprobación del estado de las instalaciones de los establecimientos educativos.*
- *Prestar el servicio en el horario establecido por el directivo docente de la Institución o superior jerárquico, sin que exceda de 48 horas semanales de lunes a sábado.*

(...).

Solución al problema jurídico

Tesis: la Sala defenderá la tesis que, en este caso, aunque se encontró vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte demandante, la orden emitida por el juzgado al departamento de Caldas para solucionar la problemática del servicio de aseo en las Instituciones Educativas Marco Fidel Suárez y Renán Barco sede Las Ferias, no tiene respaldo probatorio y desconoció el tema atinente a la asignación de recursos para educación de los municipios no certificados.

Quando se revisa nuevamente lo pretendido con la presente acción popular, en relación con el tema del aseo, se advierte que los señores Procuradores Judiciales I para asuntos

administrativos solicitaron se dispusiera personal de aseo para dos instituciones educativas ubicadas en el municipio de La Dorada, Marco Fidel Suárez y Renán Barco - sede Ferias-.

En la sentencia de primera instancia se consideró que efectivamente se presentaba una vulneración de los derechos colectivos ya que el servicio de aseo era prestado de manera insuficiente para lograr la cobertura del servicio público educativo; aunado a que el personal de limpieza llegaba después de la época de vacaciones, por lo que luego de dos meses de receso las condiciones de los establecimientos educativos eran deplorables.

Así las cosas, le ordenó al departamento de Caldas realizar los estudios contractuales necesarios para garantizar la prestación eficiente del servicio de aseo, aumentando el número de trabajadores a 8 en la Institución Educativa Renán Barco, y a 4 en la institución educativa Marco Fidel Suárez; servicio que además debía estar disponible como mínimo una semana antes del inicio de clases, luego del período de vacaciones; y estar en funcionamiento dos horas antes del inicio de la jornada escolar y permanecer una hora después de su terminación.

Sobre esta orden emitida en el fallo, el departamento de Caldas expuso en el recurso de apelación que las competencias presupuestales y de impacto fiscal son propias del Ministerio de Educación, y de ahí las dificultades propias del ente territorial para cumplir, pues esta cartera asigna recursos dependiendo de la población atendida, es decir, del número de estudiantes matriculados, y con destinación específica; con el agravante que no se vinculó ni al Ministerio de Educación ni al de Hacienda para la asignación de más presupuesto para este propósito.

Sumado a lo anterior, aseguró que se demostró que el servicio de aseo se presta, pero se habla de un número insuficiente de aseadores y por ello se aumentó. Sin embargo, la decisión no se soportó en un estudio técnico que demostrara el tener que aumentar para las Instituciones Renán Barco y Marco Fidel Suárez los aseadores, para quedar incluso a la par de las que se tienen para el todo el municipio de La Dorada, lo que denota que el despacho realizó una indebida valoración de los medios probatorios, pues si se pretende alterar un contrato en ejecución, afectar las partidas presupuestales del Ministerio de Educación y del Ministerio de Hacienda, como mínimo, se debía demostrar la necesidad de contar con más personal.

Adentrándose al fondo del asunto, y sobre este medio de control, el artículo 88 de la

Constitución Política dispone en su inciso primero:

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

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

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

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

- a) La finalidad es la protección de los derechos e intereses de naturaleza colectiva.
- b) Procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar ese tipo de derechos e intereses.
- c) Se ejerce para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.
- d) Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

e) La titularidad para su ejercicio, como su nombre lo indica, está dada por su naturaleza popular, por lo tanto, puede ser ejercida por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, o también por las autoridades, organismos y entidades señalados en el artículo 12 de la Ley 472 de 1998.

En el presente caso se invocan como vulnerados los derechos colectivos a:

Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

(...)

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

(...)

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

(...)

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

PARAGRAFO. *Los derechos e intereses enunciados en el presente artículo estarán definidos y regulados por las normas actualmente vigentes o las que se expidan con posterioridad a la vigencia de la presente ley.*

En relación con estos derechos colectivos, se advierte que en el recurso de apelación no se hizo alusión a una inconformidad con su protección.

Pese a ello, habrá de resaltarse el derecho que tienen los niños y niñas de acceder a una educación de calidad que garantice la prestación del servicio educativo en condiciones dignas, lo cual se desprende del artículo 44 de la Constitución Política; norma que además hace alusión a que, para el amparo de los derechos fundamentales, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por su parte, el artículo 67 de la Constitución consagra:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al

conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura (...)

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo (...).

En relación con el tema del aseo en las instituciones educativas, la Corte Constitucional en sentencia T-273 de 2014 explicó lo siguiente sobre la prestación de los servicios administrativos:

10.3. Ahora, la Corte debe precisar que no cualquier ausencia de personal administrativo constituye una violación de la garantía de acceso a la educación debida a los menores estudiantes. No obstante, cuando la falta o interrupción de un servicio general o administrativo represente una barrera de acceso, obstruya la permanencia de los estudiantes en una institución educativa o afecte el derecho de los menores a recibir educación en condiciones dignas, dicha interrupción constituye una vulneración de su derecho fundamental a la educación. Así por ejemplo cuando la ausencia de personal de aseo conduzca a un grave deterioro de las condiciones de salubridad e higiene de una institución, el derecho a los menores a recibir educación en condiciones dignas se verá vulnerado. Así mismo, cuando un servicio administrativo particular como el de granjero resulte indispensable para garantizar la operación de uno de los programas definitorios de la institución, dicho servicio puede constituir una barrera de acceso y permanencia en la educación. Como ocurrió en el caso de la institución educativa León de Greiff, cuyos objetivos en materia de educación incluyen la formación agroempresarial, la ausencia de granjero implicó la afectación de los programas agrarios así como el cuidado de los animales que hacían parte de la granja.

Lo anterior, significa que el derecho fundamental a la educación conlleva una obligación de proveer los servicios administrativos que sean necesario para garantizar la prestación del servicio educativo en condiciones dignas. Así también se expuso en la sentencia T-279 de 2018 en la cual se concluyó:

En definitiva, la falta de aseo prolongada en una institución educativa puede generar ambientes escolares insalubres y grave deterioro de la infraestructura, situaciones que pueden amenazar o vulnerar el derecho a la educación de sujetos de especial protección constitucional, como los niños y niñas.

Lo anterior por cuanto un entorno hostil e insalubre desincentiva el aprendizaje de los menores de edad; pone en riesgo la salud y la vida de la comunidad educativa; limita el libre desarrollo de la personalidad; y corre el riesgo de promover en el estudiantado una cultura que no se compadece con el cuidado que merecen el medio ambiente y los bienes públicos, lo cual va en contravía del inciso segundo del artículo 67 Superior¹. Los niños y niñas aprenden del ejemplo, de aquello que ven y experimentan al interactuar con su entorno, razón por la cual los ambientes escolares son sin duda, un referente de comportamiento para ellos.

Las providencias transcritas sirven para concluir que efectivamente como parte del derecho fundamental a la educación de los niños, y garantizar que el mismo se preste en óptimas condiciones, es necesario contar y brindar con servicios administrativos, como el del aseo, el cual permite que la educación se reciba de manera digna.

Dentro de este proceso está acreditado que tanto la institución educativa Renán Barco como la Marco Fidel Suárez cuentan con el servicio de aseadores, pues de ello no solo dan cuenta los contratos de prestación de servicios celebrados entre el departamento de Caldas y las empresas de aseo, sino también el dicho de los testigos y la inspección judicial. Incluso se aportó el contrato de prestación de servicios suscrito con Bioservicios S.A.S para el año 2022, el cual tiene una duración hasta el 4 de diciembre de este año, y del que se desprende que al municipio de La Dorada le fueron asignados 12 empleados de aseo, aunque no se conoce la proporción para cada colegio.

La dificultad se presenta al exponerse que el número de trabajadores del aseo que se asigna a cada institución educativa resulta insuficiente en atención a la cantidad de alumnos y las dimensiones de las plantas físicas; sumado a que el personal no trabaja durante todo el año calendario sino una parte del calendario escolar, lo que conlleva que las instalaciones durante ciertas épocas no cuenten con apoyo para la limpieza, que siempre es necesario, especialmente para iniciar la jornada escolar anual.

Es de resaltar, que en los vídeos contentivos de las inspecciones judiciales se evidencia que las instalaciones de la institución educativa Marco Fidel Suárez se encuentran en buenas condiciones de higiene y salubridad, pero ello también se debe a que el aseo de las aulas

¹ "(...) La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente (...)".

se realiza por parte de los alumnos, y que el personal administrativo también colabora con la limpieza.

Y, en la Institución Educativa Renán Barco sede Las Ferias sí se evidenció que, los baños no estaban bien aseados, aunque la diligencia se realizó en horas de recreo; aunado a que el problema de las palomas hace que se observen excrementos de estas aves en pasillos y barandas.

De lo probado se puede concluir que, aunque es cierto que se cuenta con personal de aseo en las instituciones educativas, el mismo sí resulta insuficiente para atender las dimensiones físicas, las jornadas de estudio y el número de alumnos de los dos colegios objeto de este proceso; y en tal sentido se comparte la decisión de proteger los derechos colectivos que se invocan como vulnerados, pues esta situación afecta el derecho fundamental de educación de esta población infantil.

Pese a ello, al revisar la orden proferida en la sentencia de primera instancia la Sala se aparta de ella por lo siguiente:

Como se mencionó, ordenó el juez que se debe realizar un estudio contractual dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia para lograr la prestación eficiente del servicio de aseo; eso sí, respetando unos parámetros como son aumentar el número de aseadores en la Institución Educativa Renán Barco a 8, y en la Institución Educativa Marco Fidel Suárez a 4; así como garantizar que el servicio estuviera disponible como mínimo una semana antes del inicio de clases, luego de los períodos de vacaciones, y estar en funcionamiento 2 horas antes del inicio de la jornada escolar diaria y permanecer una hora después de la terminación de la jornada escolar.

Es de resaltar que en el fallo nunca se explicó el porqué de ese número de empleados del aseo que se estableció para cada colegio, simplemente se mencionó que se calculaba en atención al promedio de alumnos y los metros cuadrados que ocupa cada institución; pero se pregunta la Sala ¿por qué 8 aseadores para el Colegio Renán Barco? y lo mismo ocurriría con la Institución Educativa Marco Fidel Suárez ¿por qué 4 aseadores?

Y es que cuando se revisa el proceso se advierte que, aunque se puede concluir que el personal de aseo con el que se cuenta es insuficiente en atención a la infraestructura física

de los colegios y el número de alumnos, no reposan ningún estudio o soporte técnico que evidencie el posible número de aseadores que requiere cada institución, lo que impide proferir una orden en ese sentido de manera concreta y justificada.

Considera la Sala que para determinar el número de aseadores que necesita cada institución educativa de las que son objeto de este proceso se requiere realizar un estudio técnico que establezca de manera fundamentada el personal que sería suficiente para atender las necesidades de cada colegio, para de esta manera poder adelantar los trámites presupuestales ante el Gobierno con la finalidad de lograr apropiar los recursos necesarios para poder proceder a su contratación.

Lo anterior, porque es cierto que en materia educativa existen ciertos temas relacionados con la asignación de recursos que deben tenerse en cuenta al momento de emitir una orden relativa a la vinculación de personal, ya que el municipio de La Dorada no está certificado en educación, razón por la cual los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones destinados a la prestación del servicio educativo, así como las plantas de personal de sus instituciones educativas, son administrados directamente por el departamento de Caldas y, en especial, por la secretaría de Educación, lo cual se desprende del artículo 6 de la Ley 715 de 2001:

ARTÍCULO 6o. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS. *Sin perjuicio de lo establecido en otras normas, corresponde a los departamentos en el sector de educación las siguientes competencias:*

(...)

6.2. Competencias frente a los municipios no certificados.

6.2.1. Dirigir, planificar; y prestar el servicio educativo en los niveles de preescolar, básica, media en sus distintas modalidades, en condiciones de equidad, eficiencia y calidad, en los términos definidos en la presente ley.

6.2.2. Administrar y distribuir entre los municipios de su jurisdicción los recursos financieros provenientes del Sistema General de Participaciones, destinados a la prestación de los servicios educativos a cargo del Estado, atendiendo los criterios establecidos en la presente ley.

*6.2.3. <Aparte en letra itálica subrayada **CONDICIONALMENTE** exequible> Administrar, ejerciendo las facultades señaladas en el artículo 153 de la Ley 115 de*

1994, las instituciones educativas y el personal docente y administrativo de los planteles educativos, sujetándose a la planta de cargos adoptada de conformidad con la presente ley. Para ello, realizará concursos, efectuará los nombramientos del personal requerido, administrará los ascensos, sin superar en ningún caso el monto de los recursos disponibles en el Sistema General de Participaciones y trasladará docentes entre los municipios, preferiblemente entre los limítrofes, sin más requisito legal que la expedición de los respectivos actos administrativos debidamente motivados.

6.2.4. Participar con recursos propios en la financiación de los servicios educativos a cargo del Estado, en la cofinanciación de programas y proyectos educativos y en las inversiones de infraestructura, calidad y dotación. Los costos amparados con estos recursos no podrán generar gastos permanentes a cargo al Sistema General de Participaciones.

(...)

6.2.8. Prestar asistencia técnica y administrativa a las instituciones educativas, cuando a ello haya lugar.

6.2.9. Promover la aplicación y ejecución de planes de mejoramiento de la calidad.

6.2.10. Distribuir entre los municipios los docentes, directivos y empleados administrativos, de acuerdo con las necesidades del servicio, de conformidad con el reglamento.

6.2.11. Distribuir las plantas departamentales de personal docente, directivos y empleados administrativos, atendiendo los criterios de población atendida y por atender en condiciones de eficiencia, siguiendo la regulación nacional sobre la materia.

6.2.12. Organizar la prestación y administración del servicio educativo en su jurisdicción.

(...).

Debe recordarse que el Sistema General de Participaciones corresponde a los recursos que la Nación debe transferir a las entidades territoriales (departamentos, distritos y municipios) en cumplimiento de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política para la financiación de los servicios a su cargo en educación y los definidos en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001.

En tal sentido, la prestación del servicio educativo requiere de la planeación y coordinación de las entidades territoriales y la Nación para el manejo de los recursos, por lo que cualquier decisión que se emita en relación con temas presupuestales en materia educativa debe tener en cuenta la forma en que funcionan los recursos del Sistema General de Participaciones, especialmente porque la Ley 715 de 2001 dispone que los presupuestos de los entes territoriales certificados deben incorporar los recursos del SGP para educación, sumado a que estos tienen destinación específica (artículo 84²). Así mismo, que las entidades deben programar esos recursos recibidos del SGP para educación al elaborar el Plan Operativo Anual de Inversiones y el Presupuesto (artículo 89), cumplir con la destinación específica establecida para esos recursos y articularlos con su plan de desarrollo.

Debe resaltarse que se aportó con el recurso de apelación un oficio que data del 14 de enero de 2022, suscrito por el jefe de la oficina asesora planeación finanzas del Ministerio de Educación, el cual está dirigido al Secretario de Educación del departamento, cuyo asunto es *"Distribución recursos sistema general de participaciones SGP Educación Vigencia 2022 y orientaciones de uso SED – Caldas"*.

Por lo anterior, no se comparte la orden emitida por el *a quo* para proteger la afectación a los derechos colectivos que se presentan en este caso en relación con el aseo en las instituciones educativas Marco Fidel Suárez y Renán Barco sede Las Ferias, pues la misma no cuenta con un respaldo probatorio que permita determinar un número específico de empleados para prestar este servicio, y además porque pasó por alto el tema de asignación de recursos por parte de la Nación para el sector educación, como lo expuso el departamento de Caldas en el recurso de apelación.

Así las cosas, se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, en relación con la orden dada al departamento de Caldas. En consecuencia, a esta entidad territorial se le ordenará que realice en el término de 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, un estudio técnico que determine las

² Los ingresos y gastos de las entidades territoriales con recursos del Sistema General de Participaciones se apropiarán en los planes y presupuestos de los departamentos, distritos y municipios. Los ingresos percibidos por el Sistema General de Participaciones, por ser de destinación específica, no forman parte de los ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales beneficiarias de los mismos.

necesidades de aseo de las instituciones educativas Renán Barco – sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez del municipio de La Dorada, y de acuerdo a ello el número de aseadores mínimo que se requiere para garantizar que las instalaciones estén en condiciones de salubridad adecuadas para los alumnos de las diferentes jornadas que se ofrecen en cada uno de estos colegios, teniendo en cuenta que este servicio de aseo se debe prestar no solo en el año escolar sino en el año calendario, especialmente antes del inicio del período académico anual.

De acuerdo al resultado del estudio, el departamento de Caldas deberá realizar las gestiones necesarias para la obtención de los recursos que permitan asumir el costo que genere la vinculación de más personal de aseo.

Conclusiones

Al evidenciar una vulneración de los derechos colectivos invocados por la parte actora en atención a las deficiencias que se presentan en el servicio de aseo de las instituciones educativas Renán Barco sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez del municipio de La Dorada, se confirmará la decisión en torno a la protección de los derechos colectivos.

Pero el fallo de primera instancia será modificado parcialmente en su ordinal tercero, en atención a que la orden emitida por el *a quo* al departamento de Caldas, no se encuentra respaldada con pruebas idóneas y técnicas, que permitieran concluir el número de aseadores que se requieren en cada colegio, y por cuanto además pasó por alto el tema de asignación de recursos, al tratarse de un municipio no certificado en educación.

Costas

De conformidad con lo previsto en los artículos 38³ de la Ley 472 de 1998 y 365 del Código General del Proceso, y en atención al criterio sostenido por la Sala Especial de Decisión nro. 27 en providencia del 6 de agosto de 2019⁴, a través del cual se unificó la

³ "ARTÍCULO 38.- Costas. El juez aplicará las normas de procedimiento civil relativas a las costas. Sólo podrá condenar al demandante a sufragar los honorarios, gastos y costos ocasionados al demandado, cuando la acción presentada sea temeraria o de mala fe. En caso de mala fe de cualquiera de las partes, el juez podrá imponer una multa hasta de veinte (20) salarios mínimos mensuales, los cuales serán destinados al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, sin perjuicio de las demás acciones a que haya lugar".

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de Unificación del 6 de agosto de 2019, CP. Rocío Araújo Oñate, radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01.

jurisprudencia de la Corporación respecto de la condena en costas procesales en acciones populares, en esta instancia no se condenará a este rubro, toda vez que la sentencia de primera instancia será modificada.

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

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 9 de febrero de 2022, dentro del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por **LOS PROCURADORES JUDICIALES I PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**, en lo relativo a la orden dada al departamento de Caldas.

En consecuencia:

SE ORDENA AL DEPARTAMENTO DE CALDAS que realice en el término de 6 meses, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, un estudio técnico que determine las necesidades de aseo de las instituciones educativas Renán Barco – sede Las Ferias y Marco Fidel Suárez del municipio de La Dorada, y de acuerdo a ello el número de aseadores mínimo que se requiere para garantizar que las instalaciones estén en condiciones de salubridad adecuadas para los alumnos de las diferentes jornadas que se ofrecen en cada uno de estos colegios, teniendo en cuenta que este servicio de aseo se debe prestar no solo en el año escolar sino en el año calendario, especialmente antes del inicio del período académico anual.

Deberá una vez concluido el plazo antes señalado, allegar el resultado del estudio al Comité de creado por el Juzgado de instancia, y especialmente a ese Juzgado, para que ellos puedan hacer seguimiento de las acciones que se deben acometer para solucionar la amenaza al derecho colectivo, y el departamento de Caldas deberá, inmediatamente proceder a realizar todas las gestiones presupuestales y contractuales necesarias, para que a partir del año 2023 se hayan contratado el personal de aseo que recomienda el estudio técnico.

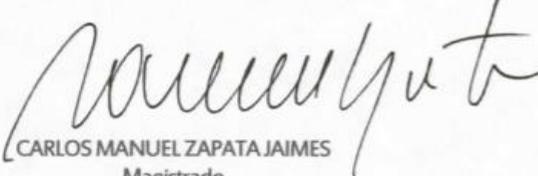
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás el fallo de primera instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

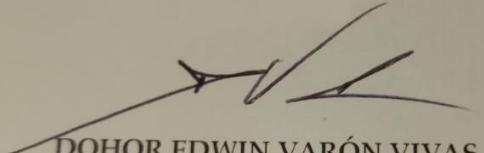
Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada el 19 de mayo de 2022, conforme Acta nro. 031 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado



PATRICIA VARELA CIFUENTES
Magistrada



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO

Notificación por Estado Electrónico No. 089 del 23 de mayo de 2022.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
Yorly Xiomara Gamboa Castaño
Conjuez Ponente**

A.S. 027

Asunto: Asume Conocimiento
Medio Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17-001-33-33-004-2017-00194-03
Demandante: Diana Lorena Valbuena Torres.
Demandados: Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura.

Manizales, veinte (20) de mayo del año dos mil veintidós (2022).

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 23 de noviembre de 2021, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Una vez en firme la presente providencia, pasa a despacho para proferir la correspondiente sentencia en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Yorly Xiomara Gamboa Castaño', written over a faint circular stamp.

YORLY XIOMARA GAMBOA CASTAÑO
Conjuez Ponente

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 089 del 23 de Mayo de 2022.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS', written over a light gray rectangular background.

CARLOS ANDRÉS DIEZ VARGAS
Secretario E

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022).

A.I. 117

Radicado: 17-001-33-33-005-2016-00007-02
Naturaleza: Controversia Contractual
Demandante: Central Hidroeléctrica de Caldas- Chec S.A. E.S.P
Demandados: Ingetrans S.A.

Encontrándose el proceso a despacho para resolver los recursos de apelación formulados por las partes contra la sentencia de primera instancia, encuentra el despacho configurada la falta de jurisdicción.

I. Antecedentes

En síntesis, la parte demandante solicita se declare la existencia del perjuicio causado por Ingetrans en el desarrollo del contrato 125.13 cuyo objeto consistió en la prestación del servicio de transporte terrestre en las modalidades de servicio pública especial y de carga y en consecuencia se ordene el pago de los dineros que la primera pagó en exceso a la segunda, por valor de \$71.595.665.

Por su parte, Ingetrans como demandante en reconvención, solicita se declare que, la CHEC fue quien incumplió el contrato, al negarse a pagar las facturas de venta 14142, 14143 y 14144 del 16 de diciembre de 2014; se declare sin efecto vinculante el documento denominado *REGISTRO ACTA DE REUNIONES, COMITÉS O GRUPOS DE MEJORA*, consecutivo del Acta 994 del 09-03-2015, por carencia de competencia de la CHEC para imponerlo; y en consecuencia, se condene a la CHEC a pagar por concepto de las facturas mencionadas, la suma de \$192.067.631 más los intereses moratorios.

II. Consideraciones

1. De la falta de Jurisdicción

En los procesos que se interpongan por el medio de control de Controversias Contractuales para determinar los asuntos objeto de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 104 del CPACA ha establecido dos reglas de carácter general y

otra de carácter específico para los contratos celebrados por empresas prestadoras de servicios públicos, así:

“La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

...

2. Los relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.

3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes...

(Subraya el Despacho)

El artículo 31 de la Ley 142 de 1994 señala:

“Las comisiones de regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos en los que se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa”.

De las normas citadas se colige que, si bien para el caso del medio de control de controversias contractuales, la jurisdicción contencioso administrativa cuenta con aptitud para su conocimiento bajo un criterio orgánico (naturaleza de la entidad), para el caso de las controversias que se susciten con ocasión de la contratación efectuada por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, dicho criterio es de tipo material, por lo que debe valorarse si en estos contratos se incluyeron o han debido incluirse las denominadas cláusulas exorbitantes.

Así, los contratos celebrados por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en tanto no incluyan o no deban incluir cláusulas exorbitantes, se rigen por el derecho contractual privado, y su Juez natural es la jurisdicción ordinaria.

Sobre el particular, el Consejo de Estado¹ en providencia del 3 de septiembre de 2020, en la que se analizó un caso con similitud fáctica y jurídica a la que hoy acontece, señaló:

“En ese sentido, la Sala encuentra que, para llegar a la conclusión según la cual la competencia del asunto recae, por mandato legal, en la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil, la

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Hernando Sánchez Sánchez. 3 de septiembre de 2020. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00757-01(AC)

autoridad demandada no dejó de aplicar la norma que correspondía, ni la aplicó de manera irracional o arbitraria. Lo anterior por cuanto, si bien, de conformidad con la norma que se dice desconocida, esto es el parágrafo del artículo 104 de la Ley 1437, se entiende por entidad pública las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital, lo cierto es que ese mismo artículo prevé una regla especial de competencia cuando de entidades de **servicios públicos domiciliarios** se trata, de forma que, **al no cumplir con los elementos de la norma, esto es, que el contrato incluya cláusulas exorbitantes**, le era imperioso concluir que, **esta controversia no estaba atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa sino a la jurisdicción civil.**

En efecto, el numeral 2º. del artículo 104 de la Ley 1437 no era la normativa aplicable al caso a efectos de dirimir el conflicto suscitado, toda vez que, independientemente de la participación del Estado en el capital de la empresa – criterio orgánico –, lo cierto es que, la norma estableció una regla especial, cuando el objeto de la controversia tiene relación con contratos celebrados por una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios, en la que exigió como requisito que se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes; regla que permite concluir que la norma general – la prevista en el numeral 2º. del artículo 104 de la Ley 1437 - se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, – la prevista en el numeral 3º. del artículo 104 de la Ley 1437 -.

Lo anterior, en atención al carácter especial de la norma que, conforme con el numeral 1º. del artículo 5 de la Ley 57 de 15 de abril de 1887², prima sobre la que tenga un contenido general. (...)

En consecuencia, en consideración al objeto del litigio propuesto resulta evidente y razonable la conclusión a la que arribó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, esto es, que **la jurisdicción competente es la civil, por cuanto en el contrato objeto del litigio no se incluyeron ni debieron incluirse cláusulas exorbitantes, como lo establecen los elementos normativos del numeral 3º. del artículo 104 de la Ley 1437.**” (Se destaca)

El Consejo de Estado, en providencia del 27 de enero de 2021, también señaló:

“La Ley 142 de 1994 prevé un régimen jurídico mixto, y prevalentemente privado para las entidades prestadoras de servicios públicos. Sin embargo, esta normatividad no indicó de forma general el juez competente para conocer las controversias de las entidades prestadoras de estos servicios, sino que se limitó a presentar soluciones de competencia para situaciones muy concretas. Así las cosas, en virtud de aquel vacío normativo, el conocimiento de los litigios contractuales y extracontractuales de las entidades prestadoras de servicios públicos fue motivo de controversias que vinieron a resolverse progresivamente, como se enseña a continuación:

En un primer momento, la jurisprudencia determinó que dado que la regla general en servicios públicos es el régimen jurídico privado, el conocimiento de las controversias derivadas de su actividad correspondía a la jurisdicción ordinaria; mientras que los casos que debían ser resueltos con fuentes formales de derecho público serían resueltos por la Jurisdicción de lo

² “Sobre adopción de Códigos y unificación de la legislación Nacional”.

Contencioso Administrativa. Luego, respecto de controversias únicamente contractuales, esta Corporación indicó que cuando los servicios públicos domiciliarios fueran prestados por entidades estatales los contratos que estas suscribieran, aunque fueran regidos por un régimen legal propio, debían considerarse “contratos estatales especiales”; y que, bajo ese entendido, el juez de sus controversias era el de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Finalmente, la posición vigente se construyó con fundamento en una solución de derecho positivo: si el problema surge frente a un vacío normativo, todas las situaciones en que la ley no sea clara sobre el conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o la jurisdicción ordinaria, se deben solucionar con la norma contentiva de la cláusula general de competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ya que esta existe, entre otras, para cubrir este tipo de lagunas interpretativas”.

...

*En el presente caso, la demandante, la Constructora Obreval S.A., suscribió un convenio de asociación con la demandada, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Zipaquirá, creada mediante el Acuerdo Municipal No. 11 de 1986 como una empresa industrial y comercial del estado del orden municipal, dotada de personería jurídica con autonomía administrativa, financiera y patrimonio propio e independiente, constituida con bienes y fondos públicos comunes; y transformada por el Acuerdo 36 de 1995, en una empresa de servicios públicos domiciliarios . Por lo tanto, **no existe duda sobre su naturaleza pública**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 489 de 1998 .*

*Además, se observa que en el convenio de **asociación las partes pactaron en la cláusula décimo quinta una potestad excepcional** del siguiente tenor:*

“Cuando Surjan motivos posteriores al perfeccionamiento del convenio, los cuales hicieren necesaria la interpretación, modificación o terminación unilaterales de éste, se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993”.

*En virtud de lo anterior, el Despacho concluye que de acuerdo con lo previsto en el numeral 3 del artículo 104 del CPACA es claro que el conocimiento del presente asunto le compete a la jurisdicción contenciosa, por tratarse de una controversia que involucra a una entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios sobre un **contrato en el que se pactó una cláusula exorbitante**.³ (Se destaca)*

Tal posición, ha sido adoptada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“12. Tal aspecto fue resaltado por la Corte Constitucional en el Auto 283 de 2021, mediante el cual se explicó que el Consejo de Estado ha abordado las diferentes interpretaciones que existen para establecer cuál es la jurisdicción competente en materia de empresas de servicios públicos. Así, explicó que, conforme a la jurisprudencia vigente de dicha Corporación, “en las situaciones en las que la ley no sea clara sobre los asuntos que deben conocer las jurisdicciones ordinaria o contencioso administrativa, debe aplicarse la cláusula general de competencia de esta última

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia del 27 de enero de 2021. Rad.: 25000-23-36-000-2018-00348-01(64341)

jurisdicción. Para ese Tribunal, aquella tiene el objetivo de cubrir las lagunas interpretativas sobre la jurisdicción competente”.

13. El referido Auto en línea con dicha postura, explicó que “En suma, el Consejo de Estado tiene una posición jurisprudencial vigente en materia de conocimiento de controversias de prestadores de servicios públicos domiciliarios. En tal sentido, ante la ausencia de determinación expresa de la jurisdicción que debe conocer el asunto, debe aplicarse la cláusula general de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa en los términos del artículo 104 del CPACA.

14. Con base en lo anterior, procedió a resolver el asunto concreto relacionado con una demanda ordinaria que presentó la Empresa de Servicios Públicos EARPA S.A ESP contra el Municipio de Caloto, Cauca. La Corte asignó el caso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo en virtud de la cláusula general de competencia del primer inciso del artículo 104 del CPACA, con base en las siguientes razones: (i) el objeto de la demanda no tenía una regulación expresa sobre la jurisdicción que debía conocer el asunto, en tanto no resultaba aplicable el artículo 130 de la Ley 142 de 1994; (ii) la demanda estaba dirigida contra una entidad pública; y, (iii) la resolución del caso estaba sujeta al derecho administrativo.”

...

15. En lo que respecta al fondo de la presente controversia, la Sala Plena advierte que el conflicto se originó en el marco de un proceso **ejecutivo** que tiene como origen un contrato de promesa de constitución de servidumbre. Con base en ello, los ciudadanos demandantes solicitan el pago de una de las obligaciones contractuales que habría asumido la Empresa de Servicios Públicos de Acacías E.S.P, como lo es el pago total de \$131'467.050. El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio (Meta) indicó que no era competente para conocer el caso dado que, si bien el numeral 6° del artículo 104 del CPACA indica que la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer procesos ejecutivos originados en contratos celebrados por entidades públicas, tal disposición debía condicionarse a lo referido en el numeral 3° de dicho artículo. Lo anterior, debido a que ésta última norma refiere que sólo conocerá de procesos relativos a contratos que celebren empresas de servicios públicos domiciliarios “en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes”.

16. Para la Corte Constitucional, la interpretación realizada por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Villavicencio (Meta) carece de sustento por las siguientes razones:

(i) Las normas referidas son disposiciones legales independientes que hacen referencia a asuntos disímiles. **El numeral 3° del artículo 104 del CPACA tiene por objeto litigios relativos a controversias contractuales de carácter declarativo, en las cuáles se requeriría interpretar las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), por lo que se exige que el contrato incluya o deba incluir cláusulas exorbitantes para que el asunto sea competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.** Por el contrario, el numeral 6° del artículo 104 hace referencia a una naturaleza especial de procesos judiciales, a saber, “ejecutivos”, frente a los cuales se indica claramente que la jurisdicción de lo contencioso administrativo será competente, siempre

y cuando, se deriven de condenas impuestas a la administración, conciliaciones aprobadas, laudos arbitrales y contratos celebrados con entidades estatales. A su vez, se destaca que el numeral 6° no incluye alguna limitación o especificidad sobre la clase de entidad pública a la que se hace referencia, por lo que debe aplicarse la definición incluida en el párrafo del mismo artículo 104".⁴

2. Caso concreto

Se encuentra acreditado que la CHEC es una sociedad anónima comercial, clasificada como empresa de servicios públicos domiciliarios mixta, cuyo objeto es la prestación del servicio público de energía⁵.

El contrato 125.13 suscrito entre la CHEC y Ingetrans tiene por objeto la "Prestación del servicio de transporte terrestre en las modalidades de servicio público especial y de carga" por esta última; y en la descripción del alcance se señala que: "El servicio que se requiere comprende el transporte de personas, incluido el traslado de equipos de oficina, materiales, equipos, insumos y herramientas requeridas por las personas autorizadas de CHEC en vehículos tipo: automóviles, camperos, camionetas, microbuses, volqueta y camiones...".⁶

En el documento denominado *REGISTRO ACTA DE REUNIONES, COMITÉES O GRUPOS DE MEJORA*, consecutivo del Acta 994 del 09-03-2015, que Ingetrans solicita dejar sin efecto, por carencia de competencia de la CHEC para imponerlo, se observa que, su propósito consistió en: "Socializar los resultados de la verificación realizada por Auditoría a las planillas que soporta el cobro a CHEC por los servicios Prestados por concepto de la ejecución del contrato 125.13, verificación realizada con los responsables de la solicitud y uso de los vehículos de INGETRANS"; sin que en ella se evidencie el ejercicio de alguna cláusulas exorbitantes.

Por lo tanto se concluye que, el contrato 125.13 no es de aquellos cuyas controversias puedan ser definidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues no incluye cláusulas exorbitantes, ni se observa que sea de aquellos en que debió incluirlas por exigencia de la respectiva Comisión de Regulación del servicio público que presta la entidad demandante; adicionalmente, no es objeto de demanda algún acto en el que se ejerciten aquellas facultades excepcionales, por tanto, no se trata de un asunto cuya resolución está sujeta al derecho administrativo.

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, la aptitud para conocer de la controversia suscitada entre la CHEC e Ingetrans, con ocasión del contrato 125.13 no recae sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3. Efecto de la falta de jurisdicción

⁴ Auto 1109/21.

⁵ Certificado de existencia y representación legal. (Pag. 32 a 55, AD "Cuaderno01" – "03Anexos".)

⁶ Pág. 1 y 2 AD "Cuaderno01" – "03Anexos".

Respecto a las nulidades procesales, señala el artículo 208 del CPACA que: *“Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento (hoy Código General del Proceso) y se tramitarán como incidente”*.

Así, en cuanto a la prorrogabilidad de la jurisdicción y competencia, el artículo 16 del Código General del Proceso - CGP señala:

“La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente”(Destaca el Despacho).

Así mismo, el 138 del CGP indica que: *“Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará. (...) La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este”*.

De acuerdo con el contexto normativo antes referido, ante la presencia de falta de jurisdicción, la sentencia que se hubiere proferido será nula, pero lo actuado hasta antes de proferirse, conservará plena validez.

4. Conclusión

Así las cosas, se declarará la falta de jurisdicción y en consecuencia la nulidad de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales y se ordenará la remisión del expediente a la oficina de apoyo judicial, para que sea repartido entre los juzgados civiles del circuito de esta ciudad, por la cuantía de las pretensiones ser asunto de conocimiento de dicha jurisdicción.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas – Sala Unitaria,

Resuelve

Primero: Declarar la falta de jurisdicción, para continuar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de Controversias Contractuales presentó la Central Hidroeléctrica de Caldas – CHEC contra la sociedad Ingetrans S.A., así como la demanda de reconvencción.

Segundo: Declarar la nulidad de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo de Manizales. Por la **Secretaría del Tribunal** informar al Juzgado de origen.

Tercero: Enviar el expediente a la oficina de apoyo judicial, para que sea repartido entre los Juzgados Civiles del Circuito de Manizales.

Cuarto: Formular a prevención el conflicto negativo de jurisdicción en caso de que el Despacho al que sea repartido el asunto, considere que el asunto no es del conocimiento de su jurisdicción.

Notificar

A handwritten signature in dark ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized representation of the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VÍVAS

Magistrado