

17-001-23-33-000-2013-00020-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 326

Acogiendo la tesis sostenida por el H. Consejo de Estado en providencia proferida dentro del expediente identificado con el número interno 30566¹, ratificada de modo más reciente en auto de 31 de agosto de 2021², la que además ha sido planteada de antaño por este Tribunal en asuntos similares, **CONCÉDESE** a la parte actora un término de diez (10) días para corregir la demanda **EJECUTIVA** presentada **A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA** por el señor **JULIO CÉSAR CAICEDO OSORIO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, en el siguiente aspecto:

De manera específica, deberá concretar la suma por la cual pretende se libre mandamiento ejecutivo contra COLPENSIONES, teniendo en cuenta que esta pretensión fue formulada de manera genérica en el escrito de la demanda, y que en la sentencia que sirve de base para la ejecución, se indican los parámetros para la liquidación de la condena.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, 11 de octubre de 2006 Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566).

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P. María Adriana Marín, 31 de agosto de 2021 Radicación número: 7001-23-33-000-2019-00516-01(66262).

A. de Sustanciación: 116-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: 17-001-33-33-004-2018-00017-02
Demandante: Héctor Hugo Arbeláez
Demandado: Cremil

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 14 de marzo de 2023. La anterior providencia fue notificada el 15 de marzo de 2023.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación, el 30 de marzo de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

A handwritten signature in black ink, consisting of a series of fluid, connected strokes that form a stylized representation of the name 'Dohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17001-33-33-003-2019-00325-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 327

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la solicitud de sucesión procesal, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **MARIA AMPARO VILLADA MUÑOZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**.

ANTECEDENTES

Encontrándose a despacho para proferir sentencia de segundo grado, la apoderada judicial de la parte demandante allega el memorial que milita en el documento digital N°10, con el que informa el fallecimiento de la demandante **MARIA AMPARO VILLADA MUÑOZ**, y pide, como consecuencia, se tengan como sus sucesores procesales a su cónyuge **ALONSO OCAMPO CASTAÑO** y su hijo **HEYNER ALDIVER OCAMPO VILLADA**.

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA UNITARIA

El artículo 68 del Código General del Proceso, aplicable por la remisión normativa establecida en el texto 306 de la Ley 1437 de 2011, establece:

“Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador.

...” /Resalta la Sala/.

El Consejo de Estado profundizó en los ribetes conceptuales de esta institución procesal en los siguientes términos (auto de 24 de agosto de 2020, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Exp. 25000-23-26-000-2007-00698-01(54710A):

“La sucesión procesal es la figura por medio de la cual una de las partes procesales es reemplazada totalmente por un tercero que toma el litigio en el estado en que se encuentre al momento de su intervención¹. Al sucesor se le transmite o transfiere² el derecho litigioso convirtiéndose en el nuevo legitimado para obtener una sentencia de mérito, ocupando la posición procesal de su antecesor³. Respecto de tal figura esta Corporación se ha pronunciado de la siguiente manera:

La sucesión procesal consiste en que una persona que originalmente no detentaba la calidad de demandante o demandado, por alguna de las causales de transmisión de derechos, entra a detentarla; dicha figura pretende, a la luz del principio de economía procesal, el aprovechamiento de la actividad procesal ya iniciada y adelantada, de tal forma que no sea necesario iniciar un nuevo proceso⁴.

La aludida sucesión puede tener diferentes causas dependiendo si se trata de una persona natural o jurídica, o si la sustitución proviene de un acto entre

¹ De conformidad con el artículo 62 del Código de Procedimiento Civil “**Los intervinientes y sucesores de que trata este Código, tomarán el proceso en el estado en que se halle en el momento de su intervención**”.

²Según la doctrina la palabra transmitir se encuentra reservada para actos *mortis causa* y el vocablo transferir denota actos entre vivos. Al respecto ver: BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro, *Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales*, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2004, pp. 5 a 6.

³ Consejo de Estado, Subsección C de la Sección Tercera, auto del 24 de abril de 2013, exp. nº 45982, C.P. Olga Melida Valle De De La Hoz

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 6 de agosto de 2009, Exp. N°. 17526, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

vivos o por la muerte de una persona natural o extinción de una persona jurídica⁵”.

A su vez, el mismo órgano de cierre de esta jurisdicción ha acudido de tiempo atrás a la jurisprudencia civil para determinar las características de la sucesión procesal, atendiendo al texto del otrora vigente artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, que guarda similitud con la regulación del actual estatuto adjetivo. En sentencia de 15 de agosto de 2013, con ponencia de la Magistrada Bertha Lucía Ramírez De Páez expuso (Exp. 41001-23-31-000-2001-00822-01(1548-11):

“Quiere decir, que por distintas razones puede ocurrir que, durante el desarrollo del proceso, una de las partes [actor o demandado] en cualquier momento pueda ser reemplazado por otro sujeto que pasa a ocupar su lugar en el litigio, que produce como efecto inmediato el cambio de titularidad de los derechos subjetivos que conforman el objeto del proceso. El fenómeno es conocido como sucesión procesal. Atendiendo a la causa que la origina, se debe distinguir entre sucesión procesal por muerte de una de las partes y la sucesión procesal surgida por transferencia de la cosa en litigio por acto entre vivos. De suerte que para que se produzca la sucesión procesal se deben dar los siguientes requisitos: 1. 1. Después de producida la litispendencia, se provoque la transferencia del derecho litigioso que es objeto del proceso; 2. Dicha transferencia genera un cambio de partes, y 3. En la relación procesal pendiente se solicite, notifique y decrete el cambio de partes, antes que se dicte una sentencia que alcance el efecto de cosa juzgada”.

⁵ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, Sentencia T – 148 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Partiendo de estos elementos, ya se anticipó que en el sub-lite fue aportado el registro civil de defunción de quien fuera la demandante, la señora MARIA AMPARO VILLADA MUÑOZ (PDF N° 11), al paso que en el cartulario también reposa el registro civil del matrimonio que contrajo con el señor ALONSO OCAMPO CASTAÑO (PDF N° 12) y el registro de nacimiento de su hijo HEYNER ALDIVER OCAMPO VILLADA (PDF N° 14).

Con base en lo dispuesto en los cánones 87 y 108 del CGP, este Despacho dispuso que, por secretaría, se realizara el emplazamiento a través del Registro Nacional de Personas Emplazadas, para que en caso de existir herederos indeterminados de la señora VILLADA MUÑOZ, se sirvieran comparecer al proceso en el término de 15 días. Dicho emplazamiento se hizo conforme obra en el documento PDF N° 25, y vencido el término de ley, ninguna persona acudió indicando ostentar dicha calidad.

Así las cosas, se tendrá a los señores ALONSO OCAMPO CASTAÑO y HEYNER ALDIVER OCAMPO VILLADA como sucesores procesales de la señora MARIA AMPARO VILLADA MUÑOZ, quienes continuarán como demandantes en el *sub lite*.

Es por lo expuesto que,

RESUELVE

TÉNGASE a los señores ALONSO OCAMPO CASTAÑO y HEYNER ALDIVER OCAMPO VILLADA, como sucesores procesales de la señora MARIA AMPARO VILLADA MUÑOZ, por lo que continuarán como demandantes en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra **UGPP**, advirtiéndole que de acuerdo con lo estipulado en el artículo 70 del CGP, deberán tomar el proceso en el estado en que se encuentre al momento de su intervención.

RECONÓCESE personería a la abogada INÉS MYRIAM ESCOBAR (C.C. N° 24'619.234 y T.P. N° 164.720) como apoderada de los demandantes, en los términos del poder a ella conferido (PDF N° 16).

ACÉPTASE la renuncia presentada por la abogada MARTHA ELENA HINCAPIÉ PIÑERES, al poder que le había conferido la UGPP (PDF N° 20).

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

17-001-23-33-000-2019-00516-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 328

Decide esta Sala Unitaria el recurso de reposición interpuesto por el **MUNICIPIO DE MANIZALES**, contra el auto con el cual se libró mandamiento de pago solicitado con la demanda **EJECUTIVA** presentada, **A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA**, por la señora **MARIELA LÓPEZ DE CASTAÑO Y OTROS**, contra la entidad territorial recurrente.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA EJECUTIVA

Con el libelo visible de folios 76 a 87 del cuaderno de ejecución, la parte actora solicitó se libre mandamiento de pago contra la entidad territorial accionada por la suma de \$ 69'896.843.

Como fundamento de su pretensión de ejecución, los accionantes esgrimen haber promovido proceso de reparación directa contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** por la muerte del señor **JOSÉ ALDEMAR CASTAÑO VALENCIA**, el que culminó con sentencia condenatoria proferida por este Tribunal y modificada en segunda instancia, ordenando pagar a cada uno de los accionantes la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes (s.m.m.l.v).

Acotan que el 6 de noviembre de 2015 presentaron la cuenta de cobro, ante lo cual la municipalidad canceló lo correspondiente a daños y perjuicios morales y materiales, quedando insolutos los intereses de mora causados desde la fecha de ejecutoria de la sentencia. Refieren que de los \$515'480.000 deben deducirse \$ 37'269.204, quedando un abono al capital de \$ 478'210.796.

EL MANDAMIENTO EJECUTIVO

Examinada la solicitud de ejecución, el Tribunal dispuso librar mandamiento de pago a favor de los accionantes y en contra del MUNICIPIO DE MANIZALES por la suma de \$ 129'438.114 /fls. 168-183/.

RECURSO DE REPOSICIÓN

Notificada la orden de pago, el MUNICIPIO DE MANIZALES interpuso recurso de reposición, argumentando que el Tribunal libró mandamiento ejecutivo sin que la parte actora hubiera agotado el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial consagrado en el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, en tanto la presente solicitud de ejecución no atañe a acreencias laborales, único caso en el que la jurisprudencia constitucional permite a los demandantes relevarse de esta exigencia legal /fls. 189-191/.

PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE DEMANDANTE

Los accionantes se oponen a la prosperidad del recurso horizontal, planteando que los recientes pronunciamientos del Consejo de Estado han reafirmado la regla según la cual, el juez que conoce el proceso declarativo también es competente para conocer de la ejecución, que, atendiendo al mandato establecido en el canon 306 del CGP, procede a continuación de sentencia y dentro del mismo expediente declarativo, sin necesidad de formular una nueva demanda; de ahí que, según su criterio, en el sub-lite no se está frente a una novel demanda ejecutiva sino a una petición de ejecución dentro del mismo expediente, a tal punto que ni siquiera se requiere aportar el título ejecutivo, pues este ya reposa en el cartulario del proceso declarativo y, por analogía, mucho menos se hace exigible la conciliación prejudicial, lo que constituiría un exceso ritual manifiesto.

CONSIDERACIONES

**DE LA
SALA UNITARIA**

Pretende el MUNICIPIO DE MANIZALES sea revocado el proveído con el cual este Tribunal dictó mandamiento ejecutivo en su contra, por el incumplimiento del requisito de procedibilidad previsto en el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012.

El mencionado texto legal, dispone en lo pertinente:

“La conciliación prejudicial será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios. La conciliación se tramitará siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos para la de los asuntos contencioso administrativos.

El acreedor podrá actuar directamente sin hacerse representar por un abogado. Dicha conciliación no requerirá de aprobación judicial, y su incumplimiento solo genera la consecuencia de que el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo correspondiente.

El delegado del Ministerio Público encargado de la conciliación acumulará todas las solicitudes relacionadas con obligaciones de dar una suma de dinero a cargo del municipio y fijará una sola audiencia trimestral en la que el representante legal del municipio propondrá una programación de pagos de los créditos que acepte, la cual deberá respetar el orden de preferencia de las acreencias previsto en la Ley 550 de 1999.

En la audiencia de conciliación se excluirán de la programación de pagos aquellas obligaciones que el representante del municipio no acepte por ser procedente, a su juicio, alguna de las excepciones de mérito que obran en los procesos ejecutivos. Así mismo, se excluirán aquellas a las que no se haya vencido el plazo previsto en el artículo 297 de la Ley 1437 de 2011”

...

...

... ”/Destacado de la Sala Unitaria/.

La disposición legislativa en cita fue declarada condicionalmente exequible con sentencia C-533 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa), bajo el entendido de que el requisito de la conciliación prejudicial no puede ser exigido cuando los trabajadores tengan acreencias laborales a su favor, susceptibles de ser reclamadas a los municipios mediante un proceso ejecutivo, hipótesis que se basa en la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales establecidos en el artículo 53 de la carta política, y que, en todo caso, es ajena al presente asunto (Conc. Sentencia C-813/13 M.P. Mauricio González Cuervo)

Retomando el fundamento de su decisión, el tribunal constitucional halló razonable y proporcional la exigencia de establecer como requisito de procedibilidad la conciliación prejudicial tratándose de procesos ejecutivos adelantados contra los municipios, pues una disposición en este sentido no sacrifica ni pone en entredicho de forma grave ninguno de los contenidos nucleares del derecho de acceso a la administración de justicia.

Sin embargo, para los efectos del caso que se halla bajo examen de esta sala Unitaria, es pertinente traer a colación la teleología de esta específica exigencia legal, es decir, la motivación que llevó al legislador a establecer este postulado de procedibilidad.

Al efecto, adujo la Corte en el mencionado pronunciamiento:

“...

5.3. En desarrollo del criterio de economía y buen gobierno, que incluye expresamente los criterios de autosostenibilidad económica y fiscal, el artículo 47 de la Ley 1551 de 2012 contempla una serie de medidas orientadas a establecer la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promueven contra los municipios. El principal

contenido de la norma objeto de la presente controversia constitucional, es la posibilidad de exigir el requisito de la conciliación prejudicial en los procesos ejecutivos en contra de los municipios. De acuerdo con las intervenciones del Gobierno en defensa de la norma, se trata de una disposición que busca permitir a las administraciones municipales tomar decisiones de gestión y planeación financiera, sobre cómo conciliar los planes de pagos de las obligaciones que pueden ser objeto de cobro judicial ejecutivo. Se ofrecen herramientas a la administración territorial para asegurar la sostenibilidad de la entidad territorial, ayudándole concretamente a planear estratégicamente el pago de sus deudas, y tener así mecanismos que le permitan cumplir con sus obligaciones, sin afectar las finanzas del municipio”. /Resalta el Tribunal/.

Bajo este marco hermenéutico, la exigencia de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad previo a un proceso ejecutivo contra un municipio, busca materializar los principios de economía y buen gobierno introducidos por la Ley 1551 de 2012 a las administraciones municipales, y de forma concreta, implica otorgarles a esas entidades territoriales la posibilidad de planificar la ejecución de sus presupuestos, teniendo el conocimiento suficiente de aquellas deudas que pueden ser objeto de ejecución judicial en su contra, y de tal manera, programar con anticipación su pago, haciendo un uso eficiente y racional de los recursos públicos.

Por ende, para este Tribunal, la exigencia de la conciliación como requisito previo emerge con plena validez tratándose de demandas ejecutivas nuevas o autónomas, en las cuales la municipalidad por regla general ignora su existencia hasta que es notificada de la orden de pago, y que, por lo mismo, nula oportunidad previa ha tenido de incluir en su ejercicio de planificación presupuestal el crédito que se le pretende cobrar por vía judicial, máxime cuando el artículo 298 del Código Contencioso Administrativo, con la modificación que le introdujo el precepto 80 de la ley 2080/21, es categórico

en determinar que, “Una vez transcurridos los términos previstos en el artículo 192 de este código, sin que se haya cumplido la condena impuesta por esta jurisdicción, el juez o magistrado competente, según el factor de conexidad, librará mandamiento ejecutivo según las reglas previstas en el Código General del Proceso para la ejecución de providencias, previa solicitud del acreedor.

Por manera, ello adquiere matices diferentes tratándose, como ocurre en este caso, de la ejecución de obligaciones a continuación de una sentencia proferida en un proceso declarativo por esta jurisdicción, pues en esta hipótesis, la condena está precedida de un trámite adjetivo de doble instancia en el que el ente territorial además tuvo plena participación, y por ende, conocimiento de la existencia del crédito que no le resulta desconocido, extraña ni repentina para la municipalidad, frente al ejercicio de planeación presupuestal que le compete.

En otras palabras; si lo que pretendió el legislador es garantizar el conocimiento del crédito y un adecuado desarrollo del postulado de eficiencia en el gasto público, estos propósitos se satisfacen plenamente en los trámites ejecutivos a continuación de sentencia, en los que la entidad demandada ya viene vinculada al proceso declarativo y conoce de primera mano la existencia y monto del crédito que adeuda al beneficiario, por lo que se insiste, tratándose de la ejecución a continuación de sentencias, esta sala no halla razonable la exigencia de la conciliación prejudicial como requisito previo para solicitar la materialización de la condena.

Al respecto, también el artículo 306 del C.G.P., en armonía con el mandato 298 del C/CA, establece que, “*Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de*

la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior”.
/Destacados de la Sala/.

Nótese que la norma es diáfana al determinar que, bajo el actual esquema procesal, la ejecución de providencias judiciales tiene lugar a continuación del fallo dentro del mismo expediente, para lo cual únicamente precisa la solicitud de la parte interesada, a quien no se le exige presentar una nueva demanda, es decir, un escrito que cumpla los requisitos formales de todo libelo introductor, dentro de ellos, la conciliación prejudicial. En ese sentido, pese a que la norma habla de un proceso ejecutivo, y que, por su similitud con este, se tramita con las etapas de los juicios de ejecución, ello no implica el nacimiento de una nueva causa judicial independiente y autónoma, sino, se insiste, es un trámite a continuación de la sentencia declarativa.

En similar sentido se pronunció el Consejo de Estado, poniendo de relieve que tratándose de la ejecución de condenas impuestas en sentencias proferidas por esta jurisdicción especializada (art. 297 num. 1 C/CA), no es menester incoar una nueva demanda ejecutiva, como sí sucede con los demás títulos de ejecución consagrados en dicha normativa. Así lo indicó en auto de 25 de julio de 2016 (Exp. 11001-03-25-000-2014-01534-00(4935-14, M.P. William Hernández Gómez):

“Es decir, se concluye que en el caso de obligaciones al pago de sumas de dinero contenidas en los títulos ejecutivos previstos en el artículo 297 ordinales 1.º y 2.º del CPACA, el acreedor podrá optar por:

i) Instaurar el proceso ejecutivo a continuación y con base en solicitud debidamente sustentada o mediante escrito de demanda, presentados en los términos previstos en el artículo 192 incisos 1 y 2 y en /el/ artículo 299 ib., ante el juez de primera instancia que tramitó el proceso ordinario. En ambos casos, si se cumplen los requisitos se librará el mandamiento de

pago respectivo y se surtirán los trámites propios de un proceso ejecutivo...” /Destacado de la Sala/.

Retomando lo expuesto, si bien esta Sala Unitaria no desconoce el mandato consagrado en el artículo 47 de la Ley 1551/12 *ejusdem*, que introdujo la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos a iniciarse contra los municipios, atendiendo los precisos fines perseguidos por el legislador, ha de entenderse que esta exigencia se dirige a los casos en los que se plantea una demanda ejecutiva autónoma a partir de un crédito que no hace parte de una discusión judicial ya iniciada con anterioridad con la entidad territorial, diferente a lo que ocurre en este caso, en el que se allega una petición de ejecución a continuación de una sentencia proferida por este Tribunal dentro de un juicio declarativo en el que la municipalidad fue debidamente vinculada.

Bajo esta perspectiva, le asiste razón a los demandantes, quienes argumentan que por no tratarse de una demanda ejecutiva nueva, la ley ni siquiera les exige aportar el título de ejecución, pues este ya reposa en el cartulario del proceso declarativo, por lo que con mayor razón tampoco podría entenderse razonable que les exija acudir a una conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de una simple petición de ejecución de sentencia.

Finalmente, tratándose de la conciliación, no sobra advertir que ella puede intentarse en cualquier estado del proceso, conforme lo autoriza la jurisprudencia del Consejo de Estado¹ y lo ha aprobado este Tribunal en procesos ejecutivos contra los municipios (V. auto de 11 de septiembre de 2017, Exp. 2015-00191-00, Actor: CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE CALDAS -CONFA, Demandado: MUNICIPIO DE PALESTINA).

En conclusión, la conciliación como requisito de procedibilidad no resultaba exigible para el sub-lite, por lo que hay lugar a confirmar el mandamiento ejecutivo.

Es por ello que,

¹ Expediente N° 39.702, M.P. Hernán Andrade Rincón.

RESUELVE

CONFÍRMASE el auto con el cual este Tribunal libró mandamiento de pago, solicitado con la demanda **EJECUTIVA** presentada, **A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA**, por la señora **MARIELA LÓPEZ DE CASTAÑO Y OTROS**, contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

RECONÓCESE personería a la abogada **ADRIANA ZULUAGA ZULUAGA** (C.C. 30'289.286 y T.P. 88.012) como apoderada del **MUNICIPIO DE MANIZALES**, en los términos del poder a ella conferido /fl. 196/.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicado:	17-001-33-33-005-2020-00274-02	A.I. 135
Naturaleza:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Demandante:	Blanca Rocío Henao Forero	
Demandado:	Nación-Ministerio de Educación - Fomag.	
Vinculo:	17001333900520200027402D03NRD	

Surtido el traslado de la prueba documental previamente decretada, dispone el Despacho **correr** traslado a las partes y al Ministerio Público para la presentación por escrito de los alegatos de conclusión y concepto respectivamente, en esta instancia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, ello según lo dispuesto en el ordinal 5, artículo 247 del CPACA.

Notificar

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above the printed name of the magistrate.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

17-001-33-39-006-2020-00299-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 329

Procede el Despacho a decidir sobre la solicitud de la parte demandante, tendiente al decreto de pruebas en segunda instancia dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CLAUDIA INÉS HURTADO** contra el **MUNICIPIO DE VILLAMARÍA (CALDAS)**.

ANTECEDENTES

LA DEMANDA

Pretende la parte demandante se declare la nulidad de la Resolución N° 346 de 13 de abril de 2020 y, en consecuencia, se ordene su reintegro al cargo de auxiliar administrativa que ocupaba en provisionalidad en la entidad territorial demandada, con el consecuente pago de todos los emolumentos dejados de percibir desde el momento de su desvinculación del cargo (PDF N° 2).

SOLICITUD DE PRUEBAS EN SEGUNDA INSTANCIA

En el escrito de apelación contra el fallo de primera instancia, la accionante impetra lo siguiente (PDF N° 63):

“Finalmente, frente a la oscuridad vislumbrada sobre la existencia del cargo AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407, GRADO 13, solicito respetuosamente al ad quem decrete como prueba de oficio de segunda instancia las siguientes:

- *Ordenar al municipio de Villamaría que aporte todo el expediente administrativo, que contenga los antecedentes sobre la reclamación de la señora CLAUDIA INES HURTADO.*

▫ *Ordenar al municipio de Villamaría acreditar si para antes del inicio del proceso de selección 690 de 2018, durante o después, existía dentro de la planta de personal asistencial del municipio de Villamaría el cargo en mención, aportando además los actos administrativos que crean dichos cargos’.*

Acota que su solicitud se fundamenta en los numerales 2 y 4 del artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, pues atendiendo el mandato establecido en el canon 175 de la misma obra, era deber de la parte demandada aportar con la contestación de la demanda los antecedentes administrativos que tiene en su poder, incluso, estos debieron ser requeridos con el auto admisorio del libelo introductor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA UNITARIA

Pretende la accionante que en sede de apelación de la sentencia proferida por el Juzgado 6° Administrativo de Manizales, se decreten las pruebas documentales que pretende.

Sobre el particular, el artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 53 de la Ley 2080 de 2021, establece lo siguiente:

“(…) En segunda instancia, cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

2. Quando fuere negado su decreto en primera instancia o no obstante haberse decretado se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las

pidió. En este último caso, solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.

3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.

4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.

PARÁGRAFO. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles.” /Resaltado de la Sala/.

De entrada, la solicitud hecha por la parte actora, en virtud de la cual impetra que la entidad accionada certifique la existencia del cargo de auxiliar administrativo, no se aviene al postulado legal invocado, en la medida en que no se trata de una prueba negada en primera instancia, o que habiendo sido decretada, no haya podido practicarse sin culpa suya. En efecto, la parte actora no solicitó el decreto de la prueba en mención en la demanda o durante el traslado de las excepciones, oportunidades probatorias previstas para la primera instancia en el artículo 212 del C/CA, pues en el sub-lite no se presentó reforma al escrito introductor ni trámite incidental (PDF N° 2, pág. 18 y 35).

Tampoco observa la Sala Unitaria, ni expone el solicitante, una situación de fuerza mayor, caso fortuito o alguna maniobra de la parte contraria que hayan impedido solicitarla en primera instancia, por lo que se itera, la petición de allegar dicho certificado en segunda instancia deviene en improcedente.

Distinto ocurre con la solicitud de allegar los antecedentes administrativos de la resolución demandada en nulidad, pues como acertadamente lo expone la memorialista, el artículo 175, parágrafo 1° de la Ley 1437 de 2011, establece que *“Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder”* /se resalta/, recalcando al final de dicho texto que la inobservancia de los deberes consagrados en dicha norma constituye falta gravísima del funcionario encargado del asunto.

Una vez revisado el escrito de la respuesta a la demanda aportado por el MUNICIPIO DE VILLAMARÍA (CALDAS), el que obra en el documento PDF N° 32, se observa que dicha municipalidad se limitó a indicar que se acogía a las pruebas aportadas por la accionante, y sin allegar el expediente administrativo conforme era su deber legal, y este tampoco fue decretado como prueba o requerido durante la audiencia inicial según las constancias que se hallan en el acta del archivo electrónico N° 45.

En ese orden, se dispondrá que el MUNICIPIO DE VILLAMARÍA, en el término de 10 días, se sirva aportar los antecedentes administrativos que dieron lugar a la Resolución N° 346 de 13 de abril de 2020, prueba documental por demás básica, con la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante CLAUDIA INÉS HURTADO en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 13. Una vez allegado, por Secretaría se correrá traslado en los términos del canon 201A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el texto 51 de la Ley 2080 de 2021.

Por lo expuesto, la **SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL,**

RESUELVE

REQUIÉRESE al MUNICIPIO DE VILLAMARÍA para que, en el término de 10 días, se sirva aportar los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición de la Resolución N° 346 de 13 de abril de 2020, con la cual se dio por terminado el nombramiento provisional de la demandante CLAUDIA INÉS HURTADO en el cargo de AUXILIAR ADMINISTRATIVO CÓDIGO 407 GRADO 13.

Una vez allegado el material documental, por Secretaría, se correrá traslado en los términos del canon 201A de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el texto 51 de la Ley 2080 de 2021.

NIÉGANSE las demás solicitudes probatorias de la parte demandante.

Se advierte que el único buzón electrónico habilitado para la recepción de documentación es “sgtadmincltd@notificacionesrj.gov.co” **Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.**

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

A. de Sustanciación: 117-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: **17-001-33-33-004-2022-00148-02**
Demandante: Natalia Ramírez Loaiza
Demandado: Fomag

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 14 de marzo de 2023. La anterior providencia fue notificada el 15 de marzo de 2023.

La **parte demandante** presentó recurso de apelación, el 27 de marzo de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17-001-33-33-003-2022-00148-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, veintiuno (21) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 125

La Sala 4ª de Decisión Oral 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 proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **FANERY ARISTIZÁBAL SOTO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante **FNPSM**) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 564 de 22 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no contestaron la demanda, según la constancia secretarial visible en el documento PDF N° 8.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 14 del expediente electrónico.

Argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los demás servidores públicos y trabajadores del sector privado, por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad, tesis que ya expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006, por lo que el asunto se halla arropado por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Así mismo, aclaró que los docentes sí tienen derecho al pago oportuno de las cesantías, no obstante, la forma de liquidar las sanciones difiere de la establecida en la Ley 50 de 1990.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 17, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en

virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las

cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- ***¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?***

- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, **el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,**

equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

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

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

...

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

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

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

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja

común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica

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

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

se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

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

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

contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 19 del documento PDF N° 3 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **FANERY ARISTIZÁBAL SOTO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 036 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-003-2022-00161-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veintiuno (21) de JULIO de dos mil veintitrés (2023)

S. 124

La Sala 4ª de Decisión Oral 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 proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **SANDRA MILENA MARTÍNEZ RIVERA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 772 de 12 de octubre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no contestaron la demanda, según la constancia secretarial visible en el documento PDF N° 9.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 15 del expediente electrónico.

Argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los demás servidores públicos y trabajadores del sector privado, por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad, tesis que ya expuso la Corte Constitucional en la Sentencia C-928 de 2006, por lo que el asunto se halla arropado por el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Así mismo, aclaró que los docentes sí tienen derecho al pago oportuno de las cesantías, no obstante, la forma de liquidar las sanciones difiere de la establecida en la Ley 50 de 1990.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 17, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en

virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

Sobre la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los profesores, indica que la Corte Constitucional en la Sentencia SU-098 de 2018, así como la jurisprudencia en lo contencioso administrativo, se orientan a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por las entidades públicas a las que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda. De igual forma, controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

De otro lado, considera que la sentencia apelada acudió a varias premisas erróneas, como las referidas a la inexistencia de obligación de consignar las

cesantías en el régimen docente y de pagar la sanción por pago tardío de intereses, la inaplicabilidad de las Leyes 344/96 y 50/90 al estamento profesoral, la no vulneración de los principios de igualdad y favorabilidad, la falta de identidad fáctica de los supuestos abordados en la Sentencia SU-098 de 2018, y la inexistencia de una postura unificada del máximo tribunal de lo contencioso administrativo.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, por la consignación extemporánea del auxilio de cesantías?*

- *¿Tiene derecho la parte actora al pago de la indemnización consagrada en la Ley 52 de 1975 por el pago tardío de los intereses a las cesantías?*

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...

...

...

3. Cesantías:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1°. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,

equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.” /Resaltado de la Sala/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

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

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

...

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

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

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

En virtud de lo expuesto, los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo N° 038 de 1998, expedido por el Consejo Directivo del FNPSM, conglomerado que establece unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja

común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica

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

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

se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

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

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

contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 22 del documento PDF N° 3 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **SANDRA MILENA MARTÍNEZ RIVERA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 036 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-23-33-000-2022-00282-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de julio dos mil veintitrés (2023)

A.I. 331

Antes de pronunciarse el Despacho sobre las excepciones formuladas por la parte accionada dentro del proceso **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)** que promueve la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** contra el señor **JOSÉ LÓPEZ POSADA**, con el fin de garantizar la igualdad procesal (art. 4º Código General del Proceso), **SE CONCEDE** al demandado un término de 10 días para que se sirva enunciar de forma concreta el objeto de la prueba testimonial pedida en el escrito de contestación de la demanda (PDF N° 17, pág. 10), de conformidad con lo establecido en el canon 212 del C.G.P., aplicable en virtud de la remisión normativa prevista en el artículo 306 del C/CA.

Vencido este lapso, **PASE** el expediente a despacho para lo de ley.

RECONCÓCESE personería al abogado PEDRO NEL OSPINA MANCERA (C.C. N° 19'274.665 y T.P. N° 207.501) como apoderado del accionado, en los términos del poder a él conferido (PDF N° 17, pág. 11-12).

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado

A. de Sustanciación: 115-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Nulidad y Restablecimiento
No. Radicación: **17-001-33-33-006-2022-00356-02**
Demandante: Marín Johanna Agudelo
Demandado: Fomag y Departamento de
Caldas

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, profirió sentencia el 31 de mayo de 2023. La anterior providencia fue notificada el 31 de mayo de 2023.

La **parte demandada (Departamento de Caldas)** presentó recurso de apelación, el 14 de junio de 2023, en consecuencia, por reunir los requisitos legales y de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 247 del CPACA (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación.

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

Notifíquese

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Auto S.: 118-2023
Asunto: Segunda instancia
Medio control: Protección de los Derechos e Intereses Colectivos.
Radicación: 17-001-33-39-009-2023-00028-02
Demandante: Enrique Arbeláez Mutis
Demandado: Municipio de Salamina

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en los artículos 37 de la Ley 472 de 1998 y 322 del CGP, **se admite** el recurso de apelación interpuesto oportunamente el día 15 de junio de 2023 por el actor popular, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales el 21 de junio de 2023 y notificada el 21 de junio de misma anualidad, por correo electrónico.

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

Notifíquese y Cúmplase


BOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17-001-23-33-000-2023-00116-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticuatro (24) de JULIO dos mil veintitrés (2023)

A.I. 330

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión de la solicitud de **PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VALIDEZ** formulada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** respecto al Acuerdo Municipal N°1137 de 23 de mayo de 2023, *‘POR EL CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO N°1053 DE 2020 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES’*, acto proferido por el Concejo municipal de Manizales.

Como quiera que la Ley 136 de 1994 no derogó expresamente el procedimiento para el efecto contenido en el Código de Régimen Municipal (Decreto 1333 de 1986), en aras de garantizar los derechos al debido proceso y de defensa, habrá de dársele aplicación al precepto 121 del mencionado Código, por cuyo ministerio:

“Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.
2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.
3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno.”

Es por ello que,

RESUELVE

ADMÍTESE la **SOLICITUD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA VALIDEZ** formulada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**, respecto al Acuerdo Municipal N°1137 de 23 de mayo de 2023 *‘POR EL CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO N°1053 DE 2020 Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES’*, acto proferido por el concejo municipal de Manizales.

FÍJESE en la página web de la Rama Judicial (link Tribunal Administrativo de Caldas) el negocio en lista por el término de diez (10) días para los efectos del numeral 1 del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986.

NOTIFÍQUESE personalmente este auto al MINISTERIO PÚBLICO conforme lo disponen los artículos 612 del Código General del Proceso (C.G.P) y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado a su vez por el canon 48 de la Ley 2080 de 2021.

COMUNÍQUESE este auto al señor Presidente del Concejo Municipal de Manizales, y al señor Alcalde de la misma municipalidad.

COMUNÍQUESE este auto a la Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas.

RECONÓCESE personería al abogado JOSÉ RICARDO VALENCIA MARTÍNEZ identificado con la C.C. N° 16’054.083 y T.P. N° 122.387 para actuar en representación del DEPARTAMENTO DE CALDAS en los términos del poder a él conferido.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 099

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Reparación de los Perjuicios Causados a un Grupo
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00303-00
Demandantes:	Miguel Ángel Bedoya Marín y otros
Demandados:	Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible
	Corporación Autónoma Regional de Caldas (CORPOCALDAS)
	Central Hidroeléctrica El Edén S.A. E.S.P.
Vinculado:	Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, esta Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas procede a dictar sentencia en primera instancia dentro del proceso de reparación de los perjuicios causados a un grupo, promovido por el señor Miguel Ángel Bedoya Marín y otros contra la Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Corporación Autónoma Regional de Caldas (CORPOCALDAS)² y la Central Hidroeléctrica El Edén S.A. E.S.P., y al cual se vinculó a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA)³.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio de este medio de control, promovido el 28 de abril de 2017⁴, el

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, CORPOCALDAS.

³ En adelante, ANLA.

⁴ Página 4 del archivo nº 001 del cuaderno 001 del expediente digital.

señor Miguel Ángel Bedoya Marín y otros presentaron demanda⁵ contra la Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica El Edén S.A. E.S.P., solicitando lo siguiente⁶:

1. Que se declare a las entidades demandadas, administrativamente responsables por la vulneración de los derechos fundamentales y colectivos a la vida, al agua, a la salud, a la intimidad familiar, al goce de un ambiente sano, a la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, a la seguridad pública, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, a la recreación y a la libertad de empresa; lo que conllevó a la causación del daño antijurídico de que trata la demanda.
2. Que se declare que la vulneración de los derechos individuales y colectivos se generó en las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionados en los hechos de la demanda, como consecuencia de la ejecución y puesta en marcha de las obras y actividades que hacen parte del proyecto hidroeléctrico tendiente a la generación de energía que ha dejado prácticamente sin agua para el consumo humano y agropecuario a muchos de los actores de la acción de grupo; situación que sigue persistiendo y manteniendo en peligro inminente la vida, la salud, el goce de un ambiente sano, la recreación, la libertad de empresa y el medio ambiente de la comunidad afectada, hasta tanto se tomen las medidas correctivas eficientes y necesarias de conformidad con lo establecido en el bloque de constitucionalidad, la ley y las disposiciones reglamentarias.
3. Que como consecuencia de lo anterior y en cumplimiento del principio constitucional de reparación integral y equitativa del daño, se condene a las entidades accionadas a pagar a favor de los demandantes y de todos aquellos que llegaren a ser aceptados en el grupo, la totalidad de los daños y perjuicios causados por la construcción y puesta en marcha de la hidroeléctrica El Edén, así:
 - a) Perjuicios morales por valor de \$36'885.850 para cada accionante, para un total de \$5.385'334.100.
 - b) Daño a la salud equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada demandante, que para la época de presentación de la demanda ascenderían a la suma de \$59'017.360, para un total de \$8.616'534.560.

⁵ Páginas 49 a 231 del archivo nº 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶ Páginas 168 a 194 del archivo nº 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

- c) Afectación a los bienes constitucionales, tasada en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada demandante, que para la época de presentación de la demanda ascenderían a la suma de \$36'885.850, para un total de \$5.385'334.100.
 - d) Perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente: un total de \$1.785'040.000 por los propietarios y/o poseedores integrantes del grupo, conforme a las sumas detalladas para cada grupo familiar.
 - e) Perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante: un total de \$44.913'161.037 por los propietarios y/o poseedores integrantes del grupo, conforme a las sumas detalladas para cada grupo familiar.
 - f) Daño emergente especial, por el cual las condenadas deben asumir el tratamiento psicológico y psiquiátrico de todas las víctimas, de conformidad con la prueba pericial aportada al proceso.
 - g) Medidas de justicia restaurativa tendientes a garantizar la idoneidad y correcta aplicación del principio de reparación integral:
 - Que en presencia de la comunidad del corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, y con la participación de la radio y la televisión, de parte de las autoridades públicas demandadas, se reconozca públicamente la violación de los derechos fundamentales y colectivos citados y se pida perdón a las personas afectadas por tal conducta.
 - Que se ordene que una vez ejecutoriada la sentencia, cada una de las entidades demandadas socialice la providencia con sus servidores públicos, a efectos de tomar conciencia sobre el cumplimiento de sus obligaciones y deberes y las consecuencias que su incumplimiento acarrea.
4. Que dentro del término de diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las sumas de dinero constitutivas de la condena se entreguen al Fondo para la Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, para que éste proceda al pago de las indemnizaciones, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998.
5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos de ley e igualmente la indexación de las sumas liquidadas por concepto de perjuicios, desde la fecha de la causación hasta el día de ejecutoria de la providencia.

6. Que se condene en costas a las entidades demandadas.
7. Que se fijen los honorarios para el abogado de los demandantes en un porcentaje de la indemnización que se obtenga para cada uno de los miembros del grupo que no hayan sido representados judicialmente por aquel, más el IVA correspondiente, de conformidad con el numeral 6 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998.
8. Que se ordene la publicación de la parte resolutive de la sentencia en un diario de amplia circulación nacional, dentro del mes siguiente a su ejecutoria, por cuenta de las entidades condenadas, con la prevención a todos los interesados igualmente lesionados por los mismos hechos y que no concurrieron al proceso, para que se presenten a la Defensoría del Pueblo, Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 20 días siguientes para acreditar su pertenencia al grupo afectado.
9. Las demás que resulten probadas dentro del expediente y las que disponga el Honorable Magistrado.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos fácticos⁷, que en resumen indica la Sala:

1. El corregimiento de Bolivia se encuentra ubicado en la zona rural del Municipio de Pensilvania, al oriente del Departamento de Caldas, de vocación agropecuaria, de cultivos de café, la mayoría de ellos en minifundios que contaban con nacimientos de agua que en muchos casos nacían y morían en el mismo predio.
2. El Gobierno Nacional declaró la afectación de utilidad pública de varios predios de dicho corregimiento de Bolivia.
3. Conforme al dictamen pericial hidrogeológico presentado por el señor Alberto Lobo Guerrero y aportado con la demanda, los predios afectados se encuentran ubicados en las siguientes coordenadas:

⁷ Páginas 67 a 168 del archivo nº 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

Puntos.	Coordenadas Este	Coordenadas Norte
1	883,000	1,078,970
2	883,830	1,079,720
3	885,890	1,082,300
4	887,460	1,082,950
5	888,740	1,082,420
6	888,730	1,081,370
7	885,120	1,079,990

- En las áreas identificadas anteriormente y previa autorización de las autoridades ambientales, la empresa hidroeléctrica El Edén construyó un túnel para conducción de aguas del río La Miel, para ser utilizado en un proyecto hidroeléctrico que comprende: un azud derivador a filo de agua de 5.6 m³/s; un túnel de conducción a flujo libre con longitud de 5.810 m, y diámetro de 3.2 m; un tanque de carga; una tubería de conducción a presión; y una casa de máquinas en superficie con dos turbinas Pelton para generación de 19.3 MW.
- El 30 de noviembre de 2010, la sociedad Latinoamericana de Construcciones S.A. (LATINCO)⁸ presentó a CORPOCALDAS solicitud de licencia ambiental para la construcción y operación de la Central Hidroeléctrica El Edén.
- El 11 de febrero de 2011, LATINCO entregó a CORPOCALDAS la complementación del estudio de impacto ambiental.
- Mediante Resolución nº 173 del 4 de mayo de 2011, CORPOCALDAS expidió licencia ambiental a LATINCO.
- Por Resolución nº 369 del 22 de septiembre de 2011, CORPOCALDAS autorizó la cesión total de la licencia ambiental otorgada a LATINCO, a la sociedad Central Hidroeléctrica El Edén S.A. E.S.P.
- El 24 de noviembre de 2011, dicha central hidroeléctrica solicitó la modificación de la licencia ambiental otorgada, a fin de adelantar cambios estructurales al proyecto, tales como conducción a flujo libre, cambios en portales de entrada y salida del túnel, relocalización del azud

⁸ En adelante, LATINCO.

y desarenadores, cambio en el alineamiento de la vía a casa de máquinas e inclusión de una nueva zona de depósito; así como variaciones en las condiciones de uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables, entre otros.

10. La modificación de la licencia ambiental se sustentó, entre otros aspectos, en las inquietudes manifestadas por CORPOCALDAS y la comunidad del área de influencia directa, en relación con los posibles impactos que durante la etapa de construcción podía tener el trazado del túnel sobre la disminución de la cantidad de agua en las quebradas que la aprovechan, de manera que se resolvió trazar el túnel de conducción con un alineamiento que se alejara de las quebradas en los sitios de mayor caudal, que fuera más profundo y cruzara todas las corrientes de agua de forma perpendicular.
11. A través de Auto n° 245 del 7 de diciembre de 2011, CORPOCALDAS inició el procedimiento de modificación de la licencia ambiental.
12. El 26 de diciembre de 2011, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a CORPOCALDAS información en relación con la necesidad de tramitar una nueva licencia ambiental a fin de construir línea de transmisión de 115 KV y subestación de elevación, con una longitud de 4.1 km y 9 estructuras de soporte en su recorrido, manifestando que esto hacía parte de la infraestructura necesaria para el desarrollo del proyecto hidroeléctrico licenciado.
13. Con Memorando n° SRN-500-124 del 24 de enero de 2012, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS solicitó a la Secretaría General incluir dentro del trámite de modificación de licencia ambiental iniciado, la línea de transmisión conforme al documento técnico remitido por la Central Hidroeléctrica El Edén el 12 de enero de 2012.
14. Lo anterior se formalizó mediante Auto n° 024 del 13 de febrero de 2012, expedido por CORPOCALDAS.
15. Por Auto n° 37 del 30 de abril de 2012, CORPOCALDAS ajustó nuevamente la solicitud de modificación, adicionando el permiso de estudio con fines de investigación científica para actividades de colecta.
16. A través de los Oficios n° 04931 del 24 de noviembre de 2011, n° 0277 del 12 de enero de 2012, n° 04324 del 4 de mayo de 2012, n° 2013EI00000833 del 28 de enero de 2013, n° 2013-IE-02895 del 19 de febrero de 2013, n° 2013-EI-00002372 del 1° de marzo de 2013, n° 2013-EI-00002619 del 7 de

marzo de 2013, nº 2013-EI-00002839 del 12 de marzo de 2013 y nº 2013-IE-00005884 del 11 de abril de 2013, CORPOCALDAS requirió a la Central Hidroeléctrica El Edén información complementaria dentro del procedimiento de modificación de licencia ambiental.

17. En el último oficio referido, la autoridad ambiental señaló, respecto de la valoración de impactos ambientales, que para la etapa constructiva no se tenía claridad sobre los caudales de infiltración esperados, cuáles serían las fluctuaciones de los caudales a lo largo del desarrollo del proyecto, los mínimos y máximos esperados a boca de túnel; exigiendo la redefinición del área de influencia directa del proyecto a lo largo de la proyección del túnel en superficie a partir del modelo hidrogeológico definido.
18. Según consta en el Oficio nº 2013-IE-00005884 del 11 de abril de 2013, CORPOCALDAS trasladó y dejó al arbitrio de la Central Hidroeléctrica El Edén, el adelanto del mecanismo de participación de audiencia pública ambiental, pues aunque la consideró necesaria y era su potestad ordenarla, señaló que en caso de que dicha sociedad estimara que no era pertinente, debía justificar debidamente las razones técnicas para la utilización de otros mecanismos y estrategias de participación e información.
19. Con Oficios nº 07002 del 28 de junio de 2012 y nº 07716 del 19 de julio de 2012, CORPOCALDAS requirió información relacionada con el permiso de investigación científica, sugiriendo ceñirse a lo establecido en los términos de referencia expedidos por el Ministerio o la Corporación; lo cual fue atendido mediante Oficios nº 07138 del 4 de julio de 2012 y nº 07994 del 26 de julio de 2012, respectivamente.
20. Los requerimientos, al parecer, fueron atendidos por la Central Hidroeléctrica El Edén, con radicados nº 05983 del 1º de junio de 2012, nº 06995 del 29 de junio de 2012, nº 07467 del 12 de julio de 2012, nº 2013-EI-0578 del 21 de enero de 2013, nº 2013-EI-081 del 3 de enero de 2013, nº 2013-EI-0833 del 28 de enero de 2013, nº 2013-EI-02372 del 1º de marzo de 2013, nº 2013-EI-02373 del 1º de marzo de 2013, nº 2013-EI-02619 del 7 de marzo de 2013, nº 2013-EI-02839 del 12 de marzo de 2013, nº 2013-EI-00003099 del 19 de marzo de 2013, nº 2013-EI-00004095 del 18 de abril de 2013, y nº 2013-EI-00004222 del 22 de abril de 2013.
21. El 17 de agosto de 2012, la Junta de Acción Comunal de la vereda La Costa (Bolivia) presentó queja ante CORPOCALDAS frente al riesgo para las fuentes hídricas que representaba el desarrollo del proyecto hidroeléctrico El Edén licenciado.

22. CORPOCALDAS realizó seguimiento ambiental al proyecto hidroeléctrico y plasmó sus observaciones en el Concepto Técnico SRN 500-13 431 del 6 de septiembre de 2012, en el cual señaló que el mismo se encontraba en fase de estudios y diseños definitivos por cambio en la infraestructura y los diseños iniciales.
23. Dentro de las observaciones se dejó anotación que en recorrido realizado por el corregimiento de Bolivia, el presidente de la Junta de Acción Comunal había informado acerca de su preocupación por las afectaciones en el recurso hídrico como consecuencia de la ejecución del proyecto, y adicionalmente había manifestado el desconocimiento en los diseños, alcances del proyecto y grado de compromiso de la empresa en los posibles daños ambientales que se generaran.
24. No obstante lo descrito, el 7 de noviembre de 2012, mediante radicado n° 2012EI0174, la Central Hidroeléctrica El Edén informó que el 8 de noviembre de 2012 iniciaría las actividades autorizadas en la licencia ambiental otorgada en Resolución n° 173 del 4 de mayo de 2011.
25. El 31 de enero de 2013, la Central Hidroeléctrica El Edén radicó ajustes al proyecto, considerándolos como giro ordinario de la actividad, señalando la aplicabilidad de la Resolución 2101 del 29 de octubre de 2009, por la cual se definen actividades para proyectos del sector eléctrico que cuenten con licencia ambiental o plan de manejo ambiental, que no requieren del trámite de modificación.
26. La sustentación técnica referida y las demás razones expresadas en la solicitud de modificación de la licencia, fueron analizadas en el Informe Técnico n° 085 del 19 de febrero de 2013 por parte de los profesionales adscritos a la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS, concluyendo, entre otros, que no se argumentaba ni sustentaba técnicamente la necesidad de la modificación y los impactos ambientales que se generarían con dicha modificación, especialmente el impacto por disminución del agua en las fuentes superficiales y en el medio biótico asociado, por lo cual debían presentarse estudios hidrogeológicos.
27. En el referido informe técnico se indicó que pese a la problemática ocasionada con la obra en las aguas superficiales y las utilizadas para el consumo humano y uso agropecuario, a la central hidroeléctrica poco le interesaba la vulneración del derecho fundamental al agua y al derecho al medio ambiente sano de la comunidad afectada, sino el mayor aprovechamiento de la capacidad de generación.

28. De conformidad con las recomendaciones del Concepto Técnico n° 085 de 2013, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS requirió información adicional a la Central Hidroeléctrica El Edén mediante Oficio n° 2013-IE-00002895 del 19 de febrero de 2013, en especial con la previsión de los impactos hidrogeológicos sobre los acuíferos y análisis de la probabilidad de afectación de los manantiales y cauces, compromisos relacionados con la responsabilidad en cuanto a la construcción y mantenimiento de las obras de abastecimiento desarrolladas en el caso de presentarse una infiltración que afectara a los usuarios del área de influencia y requirió además la redefinición del área de influencia.
29. En el expediente 1416 se encuentran múltiples comunicaciones, quejas y solicitudes de acompañamiento, dirigidas a CORPOCALDAS ante las afectaciones generadas a los cuerpos de agua.
30. Mediante Informe Técnico n° 500-13-213 del 6 de mayo de 2013, CORPOCALDAS evaluó la información presentada en el marco del procedimiento de modificación adelantado, encontrándola viable.
31. No obstante los resultados y recomendaciones del concepto técnico, la Secretaría General de CORPOCALDAS, a través de memorando interno del 2 de julio de 2013, manifestó inquietudes, interrogantes y preocupaciones frente a algunos aspectos contenidos en el informe técnico expedido por la Subdirección de Recursos Naturales.
32. En el informe de seguimiento técnico ambiental del Grupo de Licencias Ambientales de la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS, distinguido con el n° 0229 del 22 de mayo de 2013, se relacionaron los daños ambientales presentados de manera permanente en la zona desde esa fecha, hasta el día de presentación de la demanda, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: deslizamiento rotacional remontante generado por la apertura de una vía que conduce al tanque de carga del proyecto y que afectó la fuente de agua de la cual se abastece el señor Wilson Giraldo; erradicación total de un guadual de aproximadamente 1.500 m² para la ubicación del depósito n° 3 sin que previamente se hubiera autorizado por CORPOCALDAS; daños en la red de alcantarillado de la vereda La Soledad como consecuencia de la construcción y adecuación de terraplenes; extracción y explotación de materiales de construcción tipo de canteras para la adecuación de vías del proyecto sin previo permiso de la autoridad ambiental; destrucción y aprovechamiento de bosque nativo en un área aproximada de 800 m² destinados al parecer a la ampliación de la vía que conduce del

corregimiento de Bolivia a la vereda La Soledad; implementación de sitios para escombreras no autorizados por CORPOCALDAS; e intervención ilícita de cauces naturales de agua, con deterioro del área forestal, conformación de cárcavas, socavación de orillas y aumento de transporte de sólidos.

33. El 28 de mayo de 2013, por solicitud elevada por los presidentes de las Juntas de Acción Comunal y residentes de las veredas correspondientes al área de influencia del túnel, el representante legal de la Central Hidroeléctrica El Edén manifestó a la comunidad que se comprometía a tomar todas las medidas necesarias para reparar perjuicios que se causaran en el evento que se afectaran quebradas debido a la construcción y operación de la hidroeléctrica y, por ello, disminuyera o desaparecieran caudales de las quebradas.
34. Con documentos nº 2013-EI-00007223 del 11 de julio de 2013 y nº 2013-EI-00007476 del 18 de julio de 2013, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió a CORPOCALDAS los diseños definitivos Fase III del proyecto hidroeléctrico, incluyendo obras principales y complementarias, zonas de depósito, infraestructura asociada al uso y aprovechamiento de los recursos naturales necesarios para el desarrollo del proyecto, complemento de la información exigida por la ley para evaluar el otorgamiento de permisos de vertimientos, a saber: plan de gestión de riesgo y evaluación ambiental del vertimiento, plan de contingencias y diseños definitivos para las obras asociadas a la captación de las aguas objeto de concesión de aguas, su conducción y almacenamiento.
35. Mediante Resolución nº 279 del 5 de agosto de 2013, CORPOCALDAS modificó la licencia ambiental otorgada mediante Resolución nº 173 del 4 de mayo de 2011, cambiando el diseño y características del proyecto licenciado, incluyendo la relocalización de las obras de captación y en consecuencia del azud y los desarenadores, la relocalización y especificaciones técnicas de los portales de entrada y salida del túnel, variaciones en la conducción a flujo libre por túnel con nuevo alineamiento, modificación de las vías a construir para conducir la captación y la descarga, e instalación de una línea de transmisión, etc.
36. En visitas del 10 y 11 de abril de 2014, CORPOCALDAS evidenció riesgos asociados a las obras adelantadas en el proyecto hidroeléctrico.
37. Por medio de la Resolución nº 146 del 22 de abril de 2014, CORPOCALDAS modificó la licencia ambiental y autorizó una nueva

zona de depósito (ZD8) ubicada en el predio Villa Laura, vereda El Higuerón del Municipio de Pensilvania.

38. El 29 de abril de 2014 se presentaron denuncias ante CORPOCALDAS con radicados n° 2014-EI-00004875, n° 2014-EI-00004854 y n° 2014-EI-00004838, por afectaciones a fuente de agua que beneficiaba a familias de la vereda La Costa, La Soledad y La Soledad Baja.
39. El 30 de abril de 2014, los habitantes de La Soledad Alta, con radicado n° 2014-EI-00004905, presentaron queja por las mismas razones.
40. El 13 de mayo de 2014, los habitantes de la vereda La Soledad Baja, con radicado n° 2014-EI-00005382, presentaron nueva queja ante CORPOCALDAS por afectaciones causadas por el proyecto hidroeléctrico El Edén.
41. El 14 de julio de 2014, la vereda La Soledad presentó queja ante CORPOCALDAS por desecamiento de la quebrada La Balastrera, según consta en documento n° 2014-EI-00008118.
42. A través de Informe Técnico n° 500-Pensilvania-021 del 2 de mayo de 2014, se evidenció desecamiento de fuente hídrica por intervención directa del proyecto hábitat de especie de rana endémica de Colombia.
43. Las denuncias de la comunidad demostraban la continuación del caos ambiental, producto del desabastecimiento de agua en las veredas comprometidas en el proyecto, las afectaciones por la construcción de la vía a casa de máquinas, los perjuicios por la conformación de una zona de depósito, deforestación, afectaciones a áreas de cultivos de café y caña, disposición de lodos de manera antitécnica, la exposición a riesgos a la vida y los bienes de los residentes colindantes con zonas de depósito, afectación a vegetación protectora y bosques naturales con especies protectoras de nacimientos y fuentes hídricas, ocupación de cauces sobre los cuales se vertieron residuos sólidos, provocando contaminación de aguas, deslizamientos no controlados, conformación de cárcavas, socavación de orillas impidiendo el aprovechamiento del recurso hídrico, explotación ilegal de canteras, aprovechamiento forestal sin autorización, afectación de fuentes de agua por la apertura de vía al tanque de descarga, entre otras, además de la invasión descarada y atrevida de la constructora y dueña del proyecto de predios para destinarlos a la obra, sin contar ni con el consentimiento de los propietarios y menos con la autorización de la autoridad ambiental.

44. En ejercicio del seguimiento a la licencia ambiental, tal como consta en el Informe Técnico n° 500-13-116 del 30 de mayo de 2014, y atendiendo las denuncias de la comunidad, servidores públicos de la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS recomendaron el 30 de mayo de 2014, suspender de manera preventiva el avance en la construcción del túnel del proyecto hidroeléctrico El Edén, hasta tanto se diera cumplimiento a varios aspectos, allí relacionados.
45. La situación advertida por CORPOCALDAS en el mes de febrero de 2013 en el Informe n° 085, guarda relación directa con la catástrofe ambiental que en la actualidad se presenta, confirmada con el estudio hidrogeológico realizado el 18 de noviembre de 2016 por el hidrogeólogo M.S.C., Alberto Lobo Guerrero Uscátegui, con el cual la comunidad adquirió conocimiento y certeza de la causa del daño ambiental continuado como consecuencia de la obra ejecutada por la Central Hidroeléctrica El Edén, y que no se debía, como ésta lo afirmaba, al fenómeno del niño.
46. Al cabo de 30 días, la Central Hidroeléctrica El Edén informó que se notificaba por conducta concluyente del Auto n° 1177 del 6 de junio de 2014, con el cual se impuso medida preventiva de suspensión de actividades de construcción del túnel, de la vía a casa de máquinas y conformación de zona de depósito n° 6.
47. El 7 de julio de 2014, la Central Hidroeléctrica El Edén informó a CORPOCALDAS que las obras y medidas correctivas exigidas por la entidad ya habían sido implementadas y, por ello, la autoridad ambiental ordenó visita técnica con el objeto de verificar las exigencias hechas.
48. Mediante Informe Técnico n° 188 del 13 de agosto de 2014, se indicó que el 17 de julio de 2014 se había hecho visita de seguimiento en cumplimiento de lo ordenado por la Secretaría General, encontrando que: la hidroeléctrica no había suspendido el avance de las obras; y que existía una alteración drástica del color natural de la quebrada (sin nombre), cuyas aguas presentaban color blanquecino grisáceo y sólidos suspendidos claramente visibles como posible consecuencia de la contaminación con residuos concretos provenientes de los trabajos al interior del túnel portal salida.
49. El referido informe concluyó que la hidroeléctrica sólo había cumplido el 50% de las obligaciones impuestas por CORPOCALDAS.

50. Bajo el principio de precaución en el tema asociado a la infiltración de agua en el túnel del proyecto hidroeléctrico, la autoridad ambiental consideró que resultaba técnicamente pertinente mantener la medida preventiva de suspensión de actividades constructivas en el frente del túnel portal salida hasta que se diera cumplimiento pleno a los condicionamientos establecidos en el Auto n° 1177 del 6 de junio de 2014.
51. Por lo contrario, levantó la medida preventiva de suspensión en el avance del túnel portal entrada, disponiendo que ésta quedaba supeditada a la remisión periódica de reportes técnicos que permitieran evidenciar de manera oportuna la ocurrencia de posibles eventos de infiltración que se pudieran presentar durante la construcción del túnel, teniendo en cuenta las características de la zona en la cual se continuaría la construcción del mismo, tales como fallas geológicas, zona más densamente poblada, y la existencia de fuentes abastecedoras de acueductos veredales, entre otros.
52. En el mismo informe se concluyó que persistía la afectación consistente en la reducción del caudal de la quebrada La Balastrea.
53. Con Auto n° 1585 del 25 de agosto de 2014, CORPOCALDAS no sólo omitió la comprobación de la desaparición de las causas que originaron la imposición de la medida preventiva, sino que a sabiendas de que éstas continuaban, decidió levantar parcial y condicionalmente la medida preventiva, con apoyo en la visita técnica n° 500-13-116 del 30 mayo, dando su aval para la continuidad y agravamiento de los daños generados.
54. El 29 de noviembre de 2014 se emitió concepto técnico de seguimiento ambiental distinguido con el n° 366, en el que se indicó que a partir de los aforos puntuales realizados tanto en julio como en septiembre de ese año, podía apreciarse una reducción drástica del caudal de aguas superficiales, y que además la calidad de aguas residuales no cumplía los parámetros fisicoquímicos de PH y la remoción de sólidos, lo que implicaba que dichas aguas estaban contaminando las aguas del río La Miel. Adicionalmente, se destacó que la pérdida total del caudal de agua de La Balastrea afectaría no sólo una rana endémica de Colombia, sino de algunas otras especies que se podían presentar en este ecosistema acuático.
55. El 22 de diciembre de 2014 se realizó Informe Técnico n° 428, enviado a la Secretaría General de CORPOCALDAS, y en el que se analiza el estudio presentado por la empresa propietaria del proyecto, relacionado con la evaluación geológica, geotécnica e hidrogeológica.

56. Mediante Oficio nº PP 1-16-125 del 13 de mayo de 2015, el personero del Municipio de Pensilvania elevó solicitud a CORPOCALDAS, pidiendo información técnica acerca de los daños ambientales producto de la construcción del túnel de conducción de la hidroeléctrica.
57. El 4 de septiembre de 2015, el Ministro del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible se hizo presente en el corregimiento de Bolivia, con una comisión de funcionarios de dicha cartera, y conoció a viva voz de la comunidad, la totalidad de problemas ambientales y vulneración de derechos fundamentales y colectivos que se vienen originando, como consecuencia de la construcción del túnel de conducción, propiedad de la Central Hidroeléctrica El Edén, y prometió acciones inmediatas, que a la fecha no se han evidenciado.
58. Mediante Informe nº 537 del 2 de diciembre de 2015, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS solicitó medida de suspensión temporal del avance de excavación en el túnel por su portal de entrada, hasta tanto se diera cumplimiento a las medidas tendientes a evitar el sobrepaso de los niveles de infiltración autorizados en la licencia ambiental, que correspondían a 17 l/s y los cuales pasaban de 85 l/s, es decir superando el autorizado en más del 400%, hasta la ejecución final del proyecto, que culminó desde el mes de agosto de 2016 y empezó su operación el 2 de marzo de 2017.
59. El 22 de febrero de 2017, el periódico La Patria informó que la empresa hidroeléctrica estaba lista para operar y que se encontraba pendiente sólo de la modificación de la licencia ambiental que autorizara el incremento de los niveles de infiltración en el túnel.
60. A la fecha de presentación de la demanda, CORPOCALDAS aún no ha expedido el acto administrativo que autorice la modificación de la licencia ambiental en lo que atañe al incremento de los niveles de infiltración en el túnel, pese a lo cual continúa la operación de la hidroeléctrica.
61. Ante las afirmaciones de las entidades demandadas, consistentes en que la causa eficiente del desabastecimiento de aguas era la presencia del fenómeno del niño en el país, la comunidad afectada le pidió al hidrogeólogo Alberto Lobo Guerrero Uscátegui, la realización de un estudio hidrogeológico, para establecer a ciencia cierta la causa de la catástrofe ambiental, en especial la del desabastecimiento del recurso hídrico.

62. El 18 de noviembre de 2016, con el dictamen rendido por el referido hidrogeólogo, los accionantes conocieron a ciencia cierta la razón científica y técnica del daño ambiental relacionado con el desabastecimiento de agua para consumo humano y actividades agropecuarias, así como el cambio en la vocación de uso del suelo; y que no es otra que la construcción del túnel por la Central Hidroeléctrica El Edén, el cual culminó su construcción de empalme de las obras del portal de entrada y salida el 24 de agosto de 2016.
63. A partir de dicho informe, los actores tuvieron certeza del daño y decidieron instaurar la acción indemnizatoria.
64. La construcción del túnel culminó aproximadamente el 24 de agosto de 2016 y su operación comercial arrancó desde el 2 de marzo de 2017. El fenómeno del niño terminó y el desabastecimiento del recurso hídrico continúa.
65. La problemática de las aguas superficiales y de las quebradas en el sector aledaño al túnel persiste, pese a que se han incrementado las aguas lluvias y el fenómeno del niño desapareció, presentándose la siguiente situación:
 - La quebrada La Balastrea antes aforaba 12 litros por segundo, hoy no tiene agua. Eran beneficiarios: William Alberto Atehortúa, Rubiel Ramírez, Edgar Ramírez, Humberto González, Antonio Sánchez, Víctor Rodríguez, Fabio Gutiérrez y Gerardo Gutiérrez.
 - La vereda La Costa está seca. Se beneficiaban los potreros circundantes en los cuales el señor Luis Valencia tenía temporalmente ganado.
 - La vereda La Costa Baja afluía 20 litros por segundo y ahora está seca. Se beneficiaban Javier Ríos, Luis Giraldo, Juan Guillermo Hoyos (2 casas), Darío Pérez, Alfonso Ospina, Jairo Ospina, Blanca Libia Mejía; quienes actualmente se alimentan de una cañada contaminada con un aforo de 7.33.
 - La Vereda Costa # 1 (según registro) está seca, por lo que en la actualidad se benefician del acueducto de Bolivia: Jaime García, Carlos, Ubaldo Quintero (2 casas), Elías Ramírez, Aura Arias, Isabela Atehortúa, Ignacio Jiménez, Marlene Quintero, Ariel Giraldo, Irene Muñoz, Elisenia Bedoya y Rogelio Ortiz.

- En la vereda Costa # 2 y que está seca, se beneficiaban Lucía Jiménez, Darío Aristizábal, Alonso Jiménez, Rigo Jiménez, Rubelio Castaño, Amador Cifuentes, la escuela La Costa, José Domingo Ríos, Nelson Herrera (2 casa) y Diego Muñoz.
 - La vereda Patio Bonito está seca y se abastecían Luis Eduardo Aristizábal, Albino Pedraza, John Alberto Flores, Hugo Castaño, Etelvina Alzate, Margarita Saldarriaga, Alcides Bedoya, Rogelio Ortiz y César Montoya.
 - En la vereda Patio Bonito que está seca, se afloraban 17.5 litros por segundo, beneficiándose: Yamile Castaño, John Alberto Correa, Cristian Camilo Correa, Robinyer Correa, Elpidio Gallego, Carlos Yepes, Jaime Horacio Aristizábal, Suso Pérez (2 casas) Edilma Castaño, Alonso Alzate, Alonso Murillo (2 casas), Henry Montoya (2 casas), Germán Giraldo, Pablo León, Saida Correa, enramada y Pedro Osorio.
 - En la vereda Patio Bonito también se secó el agua a quienes se beneficiaban de ella, así: Darío Giraldo, Víctor Rodríguez, Gerardo Zuluaga, Erikson Hoyos, Rogelio Saldarriaga, Mauricio Hernández y Danilo Cardona.
66. Con el impacto ambiental negativo en el área de influencia del proyecto, consistente en el desabastecimiento de aguas superficiales, de las quebradas y nacimientos utilizados para consumo humano y labores agropecuarias en sus parcelas, el cambio de la vocación del uso del suelo y el desplazamiento de algunas familias de la zona, se han generado perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, consistentes en la desvalorización de los predios por la falta del recurso hídrico, y en la modalidad de lucro cesante, en relación con las actividades agrícolas desarrolladas por los actores; además se ha producido desasosiego, aflicción, tristeza e incertidumbre en cada uno de los demandantes, viéndose afectada su salud.
67. La situación en el área afectada y de influencia del túnel construido, conlleva no sólo una disminución del valor comercial de las parcelas, sino también la productividad de las mismas, como consecuencia del evento dañoso, el cual ha sido y seguirá siendo permanente, constante y progresivo, hasta tal punto que en un corto tiempo, la vocación de uso del suelo cambiará totalmente, perdiéndose la aptitud forestal, ganadera, y agrícola que tiene la zona hoy, circunstancia ésta que repercutirá negativamente en los residentes y predios de dicha área de influencia y

en especial en cada una de las familias que concurren a esta acción de grupo.

68. Además del perjuicio material y moral, los accionantes han visto cómo su salud se ha visto desmejorada, hasta tal punto que padecen patologías psicofísicas, sin dejar de lado las alteraciones graves de las condiciones de existencia de cada uno de ellos, las mismas que han modificado en modo superlativo sus condiciones habituales, evidenciándose en todos ellos un trastocamiento de los roles cotidianos, tal y como lo advierte el dictamen pericial aportado.
69. Como hechos particulares de la demanda, se identificó a cada uno de los 149 demandantes, haciendo referencia a la condición en la que actúan, esto es, propietarios, poseedores y habitantes residentes del corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania.

Fundamentos de derecho

La parte demandante fundó su demanda en las siguientes disposiciones⁹:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículos 23 y 25.
- Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: artículo 21.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: artículos 13, 20, 21 y 22.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículos 2 y 3.
- Convención Marco de la ONU sobre el Cambio Climático, suscrita en New York el 9 de mayo de 1992, ratificada en Colombia por la Ley 164 de 1994 y declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-073 de 1995.
- Convenio sobre Biodiversidad Biológica, suscrito en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y aprobado por la Ley 165 de 1994, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-519 de 1994.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Constitución Política: artículos 1, 2, 6, 7, 8, 11, 13, 40, 42, 49, 52, 58, 79, 80, 90, 95 –numeral 8–, 334 y 365.
- Ley 23 de 1973: artículo 16.
- Ley 99 de 1993: artículos 1, 42 y 44.
- Ley 136 de 1994: artículo 3.
- Ley 472 de 1998: artículos 4, 25, 43 –parágrafo–, 48, 50 y 65.
- Ley 715 de 2001: artículo 76.

⁹ Páginas 194 a 208 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

- Ley 489 de 1998: principio de coordinación.
- Ley 1333 de 2009: artículo 36.
- Código General del Proceso (CGP)¹⁰: artículos 590 y 627 –numeral 4–.
- CPACA: artículo 229.
- Decreto Reglamentario 302 de 2000: artículo 22.
- Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales): artículo 7.
- Decreto 2820 de 2010: artículos 1, 21 y 40.
- Decreto 3570 de 2011.
- Decreto 2041 de 2014.

Adicionalmente, citó varias providencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que, en su criterio, sustentan las pretensiones de la demanda.

Sostuvo que los dictámenes periciales de hidrogeología y de las afectaciones e impactos generados con la construcción del túnel, aportados con la demanda, son categóricos y contundentes en concluir que se ha presentado un daño ambiental y, de contera, una violación a los derechos fundamentales a la vida, a la salud, al agua y al medio ambiente, entre otros, como consecuencia de la construcción del túnel para la hidroeléctrica El Edén, pues esta obra ha devastado el recurso hídrico en la zona de ejecución del proyecto, cambiando de manera paulatina la vocación del uso del suelo del área de influencia del túnel en los predios en los que habitan y desarrollan actividades agropecuarias los accionantes, causándoles a éstos los perjuicios ya señalados en el acápite de pretensiones, y que deben ser indemnizados por las entidades demandadas.

Aseguró que las autoridades ambientales demandadas actuaron de manera irresponsable, abusiva y omisiva durante la ejecución y puesta en marcha del proyecto, y han contribuido, como consecuencia de dicha conducta, a que el daño ambiental y la violación de derechos fundamentales y colectivos permanezca y se acreciente el impacto directa e indirectamente, tanto a quienes se encuentran dentro del polígono señalado, como de aquellos que están en la zona colindante, que ven el deterioro del ecosistema en todos sus componentes (agua, suelo, flora y fauna), perciben la angustia de la comunidad directamente afectada y sienten que el daño los alcanza y el perjuicio material y moral los cobija.

Manifestó que pese a que el 4 de septiembre de 2015 el Ministro de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible se hizo presente en el corregimiento de Bolivia y conoció a viva voz de la comunidad la totalidad de problemas ambientales y vulneración de derechos fundamentales y colectivos que se venían originando como consecuencia de la construcción del túnel, y

¹⁰ En adelante, CGP.

prometió acciones inmediatas, las mismas no se han materializado a la fecha, omitiendo las funciones de carácter constitucional y legal que tiene asignadas, conforme al numeral 10 del artículo 2 del Decreto 3570 de 2011. Acotó que el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible no adelantó ninguna acción dirigida a vigilar el ejercicio de las funciones en cabeza de CORPOCALDAS, en contravía de los deberes que le asisten en esta materia.

En relación con CORPOCALDAS, refirió que ésta actuó con falta de rigor y desidia, poniendo en grave riesgo no sólo el patrimonio natural del Municipio de Pensilvania, sino el derecho al agua de los habitantes del corregimiento de Bolivia.

En efecto, alegó que durante la ejecución de la obra, la citada entidad no exigió los estudios técnicos necesarios, ni aplicó en ninguno de los procedimientos adelantados por la Central Hidroeléctrica El Edén, el Manual de Evaluación de Estudios Ambientales adoptado por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a través de la Resolución 1552 de 2002.

Expuso que la autoridad ambiental no contó con la información suficiente para la toma de decisiones con posterioridad a la expedición de la licencia ambiental y, aún así, autorizó todo lo solicitado por la Central Hidroeléctrica El Edén, sin tener estudios hidrogeológicos, técnicos y científicos que demostraran el conocimiento geológico e hidráulico exacto, real y preciso de la zona, en especial el del recurso hídrico, tanto superficial como subterráneo, mediando una profunda incertidumbre sobre los impactos negativos que generaría el desarrollo de las actividades autorizadas, haciendo nugatorio el efecto preventivo de la licencia ambiental.

Afirmó que durante el seguimiento de la licencia ambiental, CORPOCALDAS ordenó la suspensión de las obras en el túnel por distintos frentes, pero tal medida nunca se materializó y la entidad no hizo uso de los instrumentos legales de que disponía para hacer efectiva la decisión (artículo 32 de la Ley 1333 de 2009 y artículo 40 del Decreto 2820 de 2010), en procura de evitar el deterioro ambiental y demás perjuicios a las personas circundantes a la obra, incrementándose el impacto negativo ambiental, la violación de los derechos fundamentales y colectivos de que trata e este medio de control.

Aseguró que CORPOCALDAS no ha dado cumplimiento a sus funciones de seguimiento y control ambiental, establecidas en el artículo 2.2.2.3.9.1 del Decreto 1076 de 2015; y que tampoco ha cumplido su deber de exigir reparación de daños causados, ni ha impuesto sanción alguna, omitiendo sus funciones y obligaciones constitucionales y legales.

Sostuvo que en el presente asunto el régimen aplicable es de carácter objetivo bajo el título de imputación de riesgo excepcional.

Indicó que en la ejecución y operación del proyecto hidroeléctrico no se tuvo en cuenta el derecho a la participación que se encuentra previsto en la Constitución como una manifestación del principio democrático del Estado Social Derecho.

Consideró que la construcción y puesta en marcha del túnel con fines hidroeléctricos ocasionó el surgimiento de una situación extraordinaria para el grupo de personas que demandan y que se enfrentan a una alteración del medio ambiente en la zona y de sus vidas, y amenaza por sí misma derechos fundamentales de tales personas, poniéndolos en situación de víctimas por la violación de derechos fundamentales y colectivos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando oportuna y debidamente representadas, las entidades accionadas contestaron la demanda promovida, en los términos que se indican a continuación.

Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹¹

En relación con los hechos de la demanda, el Ministerio refirió que no tiene competencia funcional ni legal sobre los actos administrativos emitidos por CORPOCALDAS, puesto que no es su superior jerárquico, teniendo en cuenta la autonomía administrativa que ostentan las corporaciones autónomas regionales.

Reconoció que el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Dr. Gabriel Vallejo López, asistió el 4 de septiembre de 2015 a la reunión mencionada en la demanda, lo que en todo caso no modifica las competencias que constitucional y legalmente le asisten tanto a dicha entidad como a las corporaciones autónomas regionales y a la ANLA.

Se opuso a la vinculación de la entidad al proceso, toda vez que consideró que no ha vulnerado los derechos fundamentales de los accionantes y que, por lo contrario, ha dado cumplimiento en el marco jurídico en el orden legal y constitucional.

Sostuvo que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible no tiene responsabilidad sobre los hechos narrados en la demanda, puesto que dicha

¹¹ Páginas 1 a 14 del archivo nº 007 del cuaderno 001 del expediente digital.

entidad se reestructuró mediante Decreto Ley 3570 de 2011, y con Decreto Ley 3573 de 2011 entregó las funciones de licenciamiento y seguimiento a la ANLA.

Explicó que el Ministerio se encuentra encargado de fijar las políticas ambientales a nivel nacional, correspondiendo a las respectivas autoridades ambientales (corporaciones autónomas regionales, municipios y ANLA), ejecutar aquellas políticas en los territorios y dentro del marco de sus competencias.

Por lo anterior, solicitó vincular al proceso a la ANLA y desvincular al Ministerio por inexistencia de vulneración de derechos y por falta de competencia en relación con el tema sometido a examen.

CORPOCALDAS¹²

Adujo inicialmente que el grupo se encuentra indebidamente conformado a la luz de lo establecido en los artículos 145 del CPACA, 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, en la medida en que no ostenta condiciones uniformes respecto de una misma causa que le hubiera generado perjuicios individuales, ya que algunos de los accionantes se encuentran fuera del polígono en el que se centra la demanda conforme a las coordenadas suministradas.

Agregó que los parámetros establecidos para la conformación del grupo son indeterminados en el tiempo, razón que implica una evidente indefinición en un aspecto crucial como es la circunstancia de temporalidad de causación del hipotético daño reclamado.

Frente a los hechos generales de la demanda, la entidad indicó lo que se indica a continuación:

- No es cierto que en la zona existieren o existan aguas que nacieran y murieran en el mismo predio, pues todas las corrientes presentes en la zona (antes y después de dicha fecha) desembocan en el río La Miel.
- Resulta absolutamente contradictorio que se señale por un lado la presencia de minifundios y al mismo tiempo se insinúe la existencia de aguas que nacían y morían en el mismo predio, pues resultaría física, geológica y geomorfológicamente imposible la presencia de dichas situaciones de manera coetánea.
- Las coordenadas indicadas en la demanda implican la exclusión de tres grupos familiares, pues éstos se encuentran ubicados fuera de aquellas

¹² Páginas 1 a 201 del archivo n° 010 del cuaderno 001 del expediente digital.

que definen el polígono con base en el cual se delimita el grupo supuestamente afectado.

- Tanto la licencia ambiental como la modificación de la misma fueron el resultado de múltiples estudios de impacto realizados que obran en el expediente. Dichas decisiones gozan de presunción de legalidad.
- Las normas que regían el trámite de modificación del licenciamiento para la época en que fue presentada la solicitud, regulaban la celebración de la audiencia pública de manera facultativa y no obligatoria.
- Como claramente se comprueba en el material probatorio, se tomaron todas las medidas técnicas para la adecuada corrección, mitigación y compensación de los impactos ambientales, acorde con los recursos técnicos disponibles conforme al estado del arte para el adecuado manejo del proyecto hidroeléctrico.
- No es cierto que exista un supuesto daño ambiental, pues para el caso se presentaron impactos ambientales, todos los cuales al tenor de lo establecido en los artículos 50 de la Ley 99 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1 y 35 del Decreto 2820 de 2010, fueron debidamente prevenidos, corregidos, mitigados y compensados, por requerimiento de CORPOCALDAS, siguiendo las medidas establecidas en el plan de manejo ambiental y sus modificaciones aprobadas en la Resolución 173 de 2011, acto administrativo que goza presunción de legalidad y fuerza ejecutoria, en tanto no ha sido anulado o suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y ni siquiera son objeto de pretensión en tal sentido en el medio de control.
- La afectación a fuentes superficiales por causa del túnel de conducción construido por la Central Hidroeléctrica El Edén no es un hecho probado. *A contrario sensu*, los estudios hidrogeológicos complementarios aportados por la beneficiaria de la licencia en virtud de requerimiento realizado por la autoridad ambiental, concluyen que las afectaciones de fuentes superficiales fueron producto de la temporada seca en la región. Por requerimiento expreso de CORPOCALDAS en aplicación del principio de precaución, la empresa hidroeléctrica implementó de manera inmediata la activación del plan de contingencia para suministrar el servicio de agua a todos los usuarios de las fuentes superficiales y habitantes de las zonas que presentaron descenso en sus caudales, precisamente para evitar la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la recreación y al medio ambiente sano.
- La gran mayoría de quienes se benefician de las aguas de los cauces que se alegan como afectadas por el proyecto hidroeléctrico, no cuentan con concesión de aguas superficiales para la toma de aquellas de los cauces que se benefician, con lo que necesariamente dicho beneficio se realiza de manera ilegal, lo que significa que hay ilicitud en los daños reclamados.

- Los demandantes tuvieron conocimiento del supuesto daño reclamado con mucha antelación al 16 de noviembre de 2016, tal como consta incluso en los poderes conferidos antes de dicha fecha.
- La afectación de las fuentes se debió al período seco asociado al fenómeno del niño, tal como quedó corroborado en el estudio hidrogeológico.
- No es cierto que una especie endémica hubiese resultado afectada, pues hay informe en el que se da cuenta de la presencia del anfibio.
- Contrario a lo afirmado en la demanda, CORPOCALDAS realizó el licenciamiento ambiental y el seguimiento a las obligaciones impuestas en el marco del mismo, con todo el rigor técnico, científico y jurídico, aplicando el principio de precaución, garantizando la aplicación del principio de confianza legítima de aquellas personas que venían haciendo uso ilícito de los cauces que circundan por la zona, a quienes se les mejoró su situación de abastecimiento, pese a que se demostró con grado científico de certeza la ausencia de afectaciones como consecuencia del acometimiento del proyecto hidroeléctrico.
- Lejos de incurrirse en la vulneración de las normas que rigen los trámites administrativos ambientales, se brindó la protección a dichos postulados, lo que denota a todas luces que las actuaciones de las demandadas que se ponen en tela de juicio por los accionantes estuvieron orientadas a la búsqueda de la prevalencia del interés general y la protección del medio ambiente, gestiones en las cuales se vienen garantizando, en todo caso, los principios de transparencia y debido proceso no solo a la central hidroeléctrica sino a toda la comunidad.
- En la zona no ha desaparecido ningún afluente; de hecho, la gran mayoría de quebradas y nacimientos presentes recuperaron sus caudales históricos que fueron afectados por el fenómeno de sequía presentado durante los años 2014 a 2016 en todo el país.
- No es cierto que los demandantes hubieran tenido conocimiento del supuesto daño para la fecha en que se realizó un estudio hidrogeológico contratado por ellos mismos, pues la disminución de los caudales había acaecido hacía más de un año, configurándose el fenómeno de caducidad para gran parte de los integrantes del grupo.
- Para cuando se presentó disminución de los caudales, lo cual estuvo asociado al tiempo seco devenido al fenómeno del niño, CORPOCALDAS impuso al beneficiario de la licencia ambiental la activación de la obligación de garantizar el suministro del recurso hídrico de manera permanente.
- El derecho de participación ciudadana se brindó conforme a los requerimientos legales y reglamentarios, particularmente lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 2820 de 2010.

- En la zona no se encuentran presentes problemas de salud generalizados como se afirma en la demanda, más allá de los que son comunes a todos los entornos sociales, y menos aún que se puedan entender generados o asociados al proyecto hidroeléctrico.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la entidad ha actuado en todo momento en su condición de autoridad ambiental de conformidad con los principios, postulados supralegales y normativos que rigen su actuar, apegándose para tal fin al rigor técnico y científico, sin que exista el más mínimo indicio de error, y menos protuberante, como lo señalan los actores.

Adujo que no es posible endilgar omisión alguna a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que le son aplicables.

Sostuvo que los supuestos daños reclamados por los integrantes del grupo actor carecen de los elementos necesarios para ser considerados antijurídicos a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, en tanto son hipotéticos y carecen de legitimidad a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, por cuanto hacen referencia a presuntos beneficios devenidos del aprovechamiento ilícito de un bien de uso público, inalienable e imprescindible del Estado, sin previa concesión.

Expuso que en caso de aceptarse que el supuesto daño reclamado se configuró y que el mismo parte de una condición legítima, aquél no es atribuible a CORPOCALDAS, dado que devino de situaciones naturales imprevisibles e irresistibles, en cuya virtud no son imputables a título de acción u omisión a la actividad de la entidad en el marco de la actuación administrativa desplegada para el otorgamiento y seguimiento del licenciamiento ambiental en cabeza de la Central Hidroeléctrica El Edén.

La autoridad ambiental realizó el siguiente sustento jurídico frente a la demanda:

1. Inexistencia de las omisiones atribuidas a CORPOCALDAS a título de falla

A pesar de que la demanda se instaura bajo el título de imputación objetivo de daño especial, lo cierto es que debe ser analizada a título de una supuesta falla en el servicio, pues se endilgan omisiones en el otorgamiento del licenciamiento ambiental de la Central Hidroeléctrica El Edén, como generadoras de los hipotéticos daños reclamados por la vía colectiva para la reclamación de derechos individuales homogéneos.

El otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción del proyecto hidroeléctrico, así como su seguimiento, fue el fruto de una actuación administrativa que se ajustó en todo su rigor al ordenamiento jurídico y a los postulados técnicos ambientales, acorde con los recursos disponibles y con el estado del arte en materia ingenieril y de análisis hidrogeológico; situación que se presume al tenor de lo establecido en los artículos 1, 2 y 123 de la Constitución Política, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 88 del CPACA, dado que los actos emitidos nunca fueron suspendidos ni anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Las medidas provisionales de suspensión que se adoptaron durante la ejecución del proyecto se dieron en aplicación del principio de precaución de conformidad con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 99 de 1993, sin que las mismas hubieren afectado en algún momento la citada presunción.

La supuesta falla en el servicio es realmente un cuestionamiento de la presunción de legalidad de los actos administrativos a través de los cuales se concedió el licenciamiento ambiental, sin cumplir los requerimientos establecidos en los artículos 162, 163 y 164 del CPACA para el juzgamiento de la legalidad de actos administrativos.

En el marco del desarrollo de la actuación administrativa y la consecuente construcción del proyecto hidroeléctrico El Edén, CORPOCALDAS mostró un grado sumo de diligencia y prudencia al seguimiento de las obligaciones impuestas en el licenciamiento ambiental, e inclusive más allá de ellas, que llevó al establecimiento de exigencias adicionales en inmediaciones de los Municipios de Manzanares, Marquetalia y Pensilvania.

Con sustento en estudio realizado por la firma HIDROGEOCOL, CORPOCALDAS encontró comprobado a través de métodos técnicos y científicos, certeza en que la disminución de los caudales de la quebrada la Balasterra y las fuentes que abastecen el sector de Patio Bonito, no tienen relación de causalidad con los trabajos acometidos para la construcción del túnel, adelantados por el proyecto hidroeléctrico. Por lo contrario, se acreditó que la disminución de los caudales deviene directamente de la época seca por la que atravesó esa zona y todo el país debido al fenómeno del niño acaecido durante los años 2014 a 2016.

2. Inexistencia de daño resarcible ante la ausencia de los elementos necesarios para su estructuración

No puede demandar reparación del daño la persona que pretende que se le repare lo que es fruto de una situación ilegal. No tendría derecho a recibir indemnización, no porque no haya sufrido un perjuicio, que en efecto puede haberlo sufrido, sino porque el ordenamiento jurídico no protege ese interés o derecho porque se deriva de una situación contraria a la ley.

En el presente asunto es claro que el grupo demandante deriva los hipotéticos perjuicios reclamados de una situación ilegítima, devenida del beneficio de un recurso natural sin estar legalmente habilitados para ello, conforme a los condicionamientos establecidos por el ordenamiento jurídico.

Pero adicionalmente, los supuestos perjuicios que son objeto de reclamación por la vía grupal son hipotéticos, dado que refieren situaciones que no se han presentado y cuya materialización se sustenta en dictámenes periciales que carecen del más mínimo rigor técnico para llegar a conclusiones inverosímiles, en tanto son de difícil ocurrencia, que no se han concretado y que difícilmente se concretarán, sin que pueda en tal sentido predicarse una pérdida de oportunidad, más aún, cuando la totalidad de los impactos ambientales negativos fueron debidamente prevenidos, corregidos, mitigados y compensados conforme a lo que establece el ordenamiento jurídico y a los postulados técnicos disponibles conforme al estado del arte ingenieril geotécnico e hidrogeológico, sin que a la fecha pueda concluirse lo contrario, menos aún, las consecuencias cuya reclamación se realiza a título de perjuicios por los integrantes de la parte actora.

Lejos de incurrirse en la vulneración de derechos e intereses de los demandantes y la comunidad de la zona de injerencia del proyecto hidroeléctrico El Edén, con la actuación de CORPOCALDAS se brindó la protección de los mismos, lo que denota que las actuaciones de las demandadas estuvieron orientadas a la búsqueda de la prevalencia del interés general y la protección del medio ambiente.

Propuso las siguientes excepciones de mérito, que sustentó de la manera que también se indica en seguida:

1. *“Fuerza Mayor”*

La causa detonante y, por tanto, eficiente en los eventuales daños al recurso hídrico, provienen de la ausencia de eventos pluviométricos durante los años 2014 a 2016, la cual reúne las condiciones de imprevisibilidad e irresistibilidad.

Obligar al beneficiario de la licencia ambiental a que aumenten los niveles de lluvia, sería evidentemente imponer un imposible material, lo cual está proscrito conforme a los principios fundantes del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, desde que se presentó disminución de los caudales de fuentes superficiales de la zona, que, como se dijo, está asociada al tiempo seco por el fenómeno del niño, en aplicación el principio de precaución, CORPOCALDAS impuso a la Central Hidroeléctrica El Edén, la activación de la obligación contenida en la licencia ambiental, de garantizar el suministro de agua a los usuarios afectados, lo que se ha mantenido, pese al levantamiento de la medida provisional.

2. *“Indebida integración del grupo y carencia de requerimiento de algunos demandantes para conformar el mismo conforme a los criterios enunciado (sic) en la demanda”*

Existe una indebida configuración del grupo titular de la acción, al tenor de lo establecido en los artículos 3 y 46 de la Ley 472 de 1998, pues se forman grupos alrededor de eventos disímiles, ya que la disminución de caudales de diferentes quebradas acaeció en épocas y circunstancias diferentes, e inclusive muchas de ellas, a la fecha, han recuperado su caudal, como es el caso de la quebrada La Balastrera, o los cauces de los sectores de Brisas y La Primavera.

En la demanda se advierte un claro incumplimiento de los requerimientos establecidos en los artículos 4 y 6 del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, en la medida en que no relaciona todas las personas propietarias, poseedoras y residentes en el polígono referido en la parte inicial del libelo, y tampoco señala los criterios necesarios para su identificación.

Es tan notorio el hecho que el grupo se encuentra indebidamente conformado que inclusive las personas que otorgaron poder, como las que se encuentran ubicadas en las coordenadas referidas, no ostentan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les haya

generado perjuicios individuales; a lo cual se añade que algunos de los poderdantes son propietarios de predios que se encuentran fuera del polígono en el que se centra la demanda conforme a las coordenadas suministradas.

En escrito aparte¹³, CORPOCALDAS formuló las siguientes excepciones previas que sustentó de la manera que se indica a continuación:

1. ***“INEPTITUD DE LA DEMANDA”***

La demanda adolece de las siguientes falencias:

- No se ejerció la pretensión de nulidad respecto de los actos administrativos que otorgaron licencia ambiental bajo los cuales sustenta el acaecimiento de un hipotético daño para los miembros del grupo demandante.
- Hay carencia del requisito establecido en el numeral 4 del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, en la conformación del grupo demandante, por cuanto no se identifican todas las personas propietarias, poseedoras y residentes en el polígono delimitado, y tampoco determina los criterios específicos para su identificación.

2. ***“CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE GRUPO”***

Teniendo en cuenta que la reparación del daño se deriva directamente de la expedición de los actos administrativos que otorgaron la licencia ambiental y resolvieron sobre su modificación, la parte actora debió demandar dentro de los 4 meses siguientes a la notificación y publicación del otorgamiento de la licencia ambiental cuestionada. Al no hacerlo, hay caducidad del medio de control.

En caso de no admitirse el anterior argumento, se configura igualmente caducidad, ya que transcurrieron más de 2 años desde que se disminuyó a cero el caudal de la quebrada La Balastrea, esto es, en septiembre de 2014.

Central Hidroeléctrica El Edén¹⁴

En relación con los hechos generales de la demanda, la entidad sostuvo lo siguiente:

¹³ Páginas 5 a 27 del archivo nº 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

¹⁴ Páginas 1 a 230 del archivo nº 009 del cuaderno 001 del expediente digital.

- No es cierto que los nacimientos de agua hubiesen desaparecido y tampoco que esas fuentes de agua nacieran y murieran en el mismo predio, pues varias familias de distintos predios se nutren de una misma fuente y, además, todas confluyen en el río La Miel.
- Los nacimientos se han visto impactados en el tiempo por fenómenos naturales (la variabilidad climática y la total dependencia que tienen esos pequeños caudales de la presencia de lluvias) y antrópicos (mal manejo de las microcuencas abastecedoras principalmente por la ampliación desmedida de la frontera agropecuaria en los predios de la zona).
- Los nacimientos que se encuentran más arriba en la montaña son los más vulnerables a estos efectos, dadas las pequeñas áreas aferentes, los bajos caudales que pueden ser calificados como hilos de agua, aunque con cierta buena calidad fisicoquímica gracias a la no contaminación con aguas servidas a esos niveles en la montaña.
- A medida que se descende en la montaña estos cursos de agua se van incrementando en caudal, pero igualmente recibiendo las contaminaciones de las aguas servidas en los predios, en especial por el beneficio del café, pasando en su recorrido por diferentes predios minifundistas hasta llegar a confluir a los ríos La Miel y El Salado, principalmente.
- Mediante Resolución nº 236 del 12 de agosto de 2013, el Ministerio de Minas y Energía declaró de utilidad pública e interés social el proyecto hidroeléctrico El Edén y los terrenos necesarios para la construcción del mismo, contenidos en 10 polígonos ubicados en los sectores de captación, casa de máquinas, depósitos de materiales, vías, obras de descarga y líneas de transmisión eléctrica, con un área total de 23.95 hectáreas.
- En la demanda se incluyen algunos accionantes que están por fuera de las coordenadas, por lo que no es claro si están o no legitimados para ser parte del grupo.
- Después de adelantar estudios de impacto ambiental y ajustarlos, la central hidroeléctrica obtuvo de CORPOCALDAS la licencia ambiental para el proyecto hidroeléctrico, el cual no abarca toda el área señalada en los hechos de la demanda.
- En la Resolución nº 173 del 4 de mayo de 2011 que otorgó licencia ambiental para la construcción y operación del proyecto se citó el Informe Técnico nº 055 del 18 de marzo de 2011 que concluyó que el estudio de impacto ambiental cumplía los requisitos exigidos en la normativa sobre la materia y contenía información relevante y suficiente acerca de la identificación y calificación de los impactos.
- El alineamiento del túnel efectivamente se varió, desplazándolo hacia el centro de la montaña divisoria entre las cuencas hidrográficas de La Miel y El Salado, buscando mayor cobertura o profundidad del túnel sobre la superficie, lo que implicaba una medida de prevención para minimizar

los caudales de infiltración en el proceso de excavación del túnel; todo lo cual resultó exitoso en fase de construcción de la central.

- La modificación de la licencia consistió en la variación del esquema técnico del proyecto, la cual comprende la relocalización y especificaciones técnicas de los portales de entrada y salida del túnel, la relocalización de la obra de captación y consecuentemente del azud y los desarenadores, las variaciones en la conducción a flujo libre por el túnel con nuevo alineamiento, la modificación en las vías a construir y a rehabilitar para conducir a captación y descarga, la reubicación de campamentos y talleres, y la inclusión de nuevas zonas de depósito. Adicionalmente se otorgó licencia ambiental para la instalación de la línea de transmisión del proyecto en una longitud de 4.137 kilómetros hasta llegar a la subestación en Marquetalia, donde se conecta al sistema de distribución regional de la CHEC. Estas modificaciones implican algunas variaciones en los permisos de concesión de aguas, vertimientos, zonas de depósito de materiales, intervenciones de cauces y aprovechamiento forestales.
- Luego de todos los análisis que se hicieron con la empresa mejor preparada en el país para adelantar estudios hidrogeológicos, con metodologías probadas científicamente, se concluyó que nada tenía que ver, por ejemplo, una baja de caudal de La Balastrea de 5 l/s, a una infiltración en el túnel de 70 l/s.
- También se hicieron los análisis que demostraron de manera científica que las aguas infiltradas nada tenían que ver con las aguas de las quebradas que vieron disminuidos los caudales por el fenómeno del niño.
- CORPOCALDAS hizo exigencias superiores a las que se hacen para el tamaño de un proyecto como el relacionado en la demanda, pues se trataba de una planta generadora de menos de 20 MW, a filo de agua y con un túnel subterráneo. Lo anterior demuestra la exacta y rigurosa aplicación de los principios de prevención y de precaución en el proyecto por parte no sólo de CORPOCALDAS sino de la central hidroeléctrica.
- No es cierto que los presuntos daños ambientales mencionados en la demanda y supuestamente producidos en el mes de mayo de 2013, se mantuvieran para el momento en que fue radicada la demanda, pues, por lo contrario, para esta fecha, se advierte que todos los cauces estaban recuperados, que la fauna del sector contaba con mayor número de especies, que las afectaciones de las disminuciones de los cauces sólo se presentaron en los períodos secos del fenómeno del niño, que el plan de contingencia para el suministro de acueducto estaba funcionando a la perfección, sólo con problemas para aquellos usuarios a los que sus vecinos no les han querido conceder las servidumbres para el paso de la tubería, y que el agua hoy utilizada por los accionantes, de los acueductos

que operan legalmente en la zona y proporcionada por la central hidroeléctrica, cuenta con concesión de aguas, ya que los acueductos que los surten, además de potabilidad, tienen las respectivas concesiones.

- La central hidroeléctrica cumplió a cabalidad todos y cada uno de los compromisos de la licencia ambiental y su modificación, no sólo en los aspectos técnicos, sino muy especialmente en los aspectos sociales, tanto así que el documento de compromiso de solucionar el suministro agua a las comunidades que se viesan afectadas en sus fuentes de agua por la construcción del túnel del proyecto, fue firmado el 14 de abril de 2013 en la cabecera del corregimiento de Bolivia, en presencia de las siguientes personas: Germán Albeiro Giraldo (accionante), actuando en ese entonces como presidente de la Junta de Acción Comunal de Bolivia, Rubelio Castaño, presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda La Costa, Ángel Giraldo, Abogado Asesor de la Central Hidroeléctrica El Edén, y José Bernardo Alzate Nougues, gerente de la Central Hidroeléctrica El Edén.
- Las modificaciones de la licencia ambiental corresponden a un trámite permitido por la ley y previo a ello se cumplieron todos los requerimientos.
- Los demandantes conocieron el presunto daño en los meses de abril y mayo de 2014, y sólo demandaron en mayo de 2017, esto es, más de dos años después, operando la caducidad de la acción de grupo.
- Si hubo una disminución de las aguas de las quebradas no fue por la construcción del túnel, sino como producto del fenómeno del niño.
- La suspensión en la obra obedeció a que no se tenía certeza de dónde procedían las aguas que se estaban infiltrando en el túnel, por lo cual CORPOCALDAS exigió la presentación de estudios hidrogeológicos, inicialmente uno conceptual y luego uno numérico que confirmó el conceptual, en los cuales quedó claro con absoluta certeza que el agua infiltrada no correspondía a las aguas de las quebradas cuyos cauces se habían disminuido.
- Por esta misma época se presentó un período seco precedido por la ocurrencia del fenómeno del niño, que, de acuerdo con los registros de la NOAA, fue uno de los más intensos en magnitud y duración. Sin embargo, con el descenso de este fenómeno y la entrada de las lluvias, las fuentes que se encontraban con disminuciones en su caudal volvieron a presentar caudales normales históricos.

Por lo demás, se pronunció específicamente respecto de los hechos particulares de la demanda.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

Propuso las siguientes excepciones previas:

1. **“NO SE DEMANDARON LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE CONCEDIERON LAS LICENCIAS AMBIENTALES Y/O SUS MODIFICACIONES”**

Indicó que como en la demanda se expone que el otorgamiento irregular de las licencias ambientales y sus modificaciones y/o ampliaciones es la causa del presunto daño, la parte actora debió solicitar su nulidad conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 145 del CPACA. En efecto, dado que las Resoluciones 173 del 4 de mayo de 2011, 369 del 22 de septiembre de 2011, 279 del 5 de agosto de 2013 y 1423 del 22 de abril de 2014, expedidas por CORPOCALDAS, fueron el sustento de las obras que se reprochan en la acción de grupo, dichos actos administrativos debieron ser demandados.

2. **“FALTA DE REQUISITOS DE LA DEMANDA”**

Señaló que en este caso no se colman los requisitos de la demanda establecidos en los numerales 2 y 6 del artículo 162 del CPACA, aplicable por remisión que efectúa el artículo 52 de la Ley 472 de 1998, en tanto, de un lado, en las pretensiones 1.1 y 1.2 no se indica de manera clara a quién se le están vulnerando derechos, pretendiendo una reparación integral sin identificar claramente quién sufrió el perjuicio, y de otro, en la estimación razonada de la cuantía se incluyeron perjuicios materiales e inmateriales, vulnerando lo dispuesto por el artículo 157 del CPACA.

Mencionó que en este caso se incumple adicionalmente lo dispuesto por los numerales 4 y 6 del artículo 52 de la Ley 472 de 1998, en cuanto al establecimiento de los criterios para la identificación del grupo y la justificación sobre la procedencia de la acción. Lo anterior, por cuanto no hay en la demanda una explicación detallada de los criterios que permitan determinar que quienes presentan la acción como demandantes cumplan los requisitos para conformar el grupo. La ausencia de claridad al respecto, haría imposible identificar a los futuros reclamantes o beneficiarios.

3. **“CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL”**

Afirmó que en el presente asunto no sólo se omitió demandar los actos administrativos que aprobaron la licencia ambiental y su modificación, sino que además se superó el plazo de 4 meses con que se contaba para

hacerlo, por lo que en este sentido operó la caducidad de la acción.

Expuso adicionalmente que pese a que la demanda señala que el conocimiento del daño se dio a partir de la elaboración del dictamen pericial del ingeniero Lobo Guerrero, el 28 de noviembre de 2016, lo cierto es que el mismo dictamen y otros documentos obrantes en la demanda dan cuenta de la falsedad de dicho argumento y demuestran que el hecho fue conocido desde mucho antes de la fecha indicada.

4. **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”**

Fundamentó la excepción en lo siguiente:

- Hay accionantes que se encuentran fuera del polígono de las coordenadas señaladas en la demanda: José Rubén Zuluaga Montes, predios identificados en el mapa como 27 y 28, con ficha catastral 000200130039000 y 0002000013008000, denominados Los Doce y Costa Rica; Alonso Alzate Hurtado, predio identificado en el mapa con el número 29, ficha catastral 0020013043000, denominado La Secreta; Germán Albeiro Giraldo Montoya, predio identificado en el mapa con el número 30, correspondiente a la ficha catastral 000200130044000, denominado El Prado; Jesús María Zuluaga, propietario de los predios con matrículas 114-15811 y 114-1412; Stella de Jesús Raygoza Rodríguez y Jairo de Jesús Arias Quiceno en calidad de propietarios del predio con matrícula inmobiliaria 114-12685.
- Existe un grupo familiar que para la época de la demanda ya no era propietario de los inmuebles: el del señor Miguel Ángel Jaramillo, según escritura pública nº 594 de 17 de diciembre de 2016 de la Notaría Única de Manzanares.
- Finalmente, un grupo familiar vendió el predio luego de la presentación de la demanda: el de los señores Gerardo Gutiérrez Giraldo y María del Socorro Restrepo de Gutiérrez, tal y como se demuestra con el certificado de tradición del folio 114-10172 en el que figura la anotación de venta por escritura pública del 9 de noviembre de 2017 de la Notaría Única de Pensilvania.

Formuló los siguientes medios exceptivos de fondo:

1. **“INEXISTENCIA DE DAÑO POR LA CONSTRUCCIÓN (sic) DEL TUNEL (sic) DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN”**

Aseguró que como quedó establecido en el juicioso estudio y análisis

que hizo CORPOCALDAS para expedir la licencia ambiental y su modificatoria, la central hidroeléctrica realizó todas actividades requeridas, de las cuales se concluye con grado de certeza que la construcción del túnel en la forma que se adelantó, no tuvo ninguna incidencia en las quebradas del área de influencia.

2. **“EL BAJO CAUDAL DE LAS AGUAS DE LAS QUEBRADAS DEL CORREGIMIENTO DE BOLIVIA SE DEBE EXCLUSIVAMENTE AL FENOMENO (sic) DEL NIÑO Y AL DESCUIDO DE LAS CUENCAS POR PARTE DE LOS ACCIONANTES”**

Expuso que conforme a los reportes de la Administración Nacional Oceánica y Atmosférica de los Estados Unidos (NOAA por sus siglas en inglés), entre el mes de septiembre de 2014 y hasta junio de 2016 se presentó en Colombia un fuerte fenómeno del niño, que estuvo, tal como se extrae del estudio hidrogeológico, directamente relacionado con la baja de caudales, a la cual se le adiciona la desprotección de las cuencas y la realización de actividades como el pastoreo y el beneficio de café sin control alguno por parte de los accionantes.

3. **“MI DEFENDIDA MITIGÓ LOS POSIBLES IMPACTOS DE LA FORMA COMO SE ESTRUCTURÓ EN LA LICENCIA Y COMO LO PERMITE LA LEY DENTRO DEL CONCEPTO DE DESARROLLO SOSTENIBLE”**

Sostuvo que la central hidroeléctrica cumplió a cabalidad con el plan para mitigar cualquier impacto que se pudiera presentar en la ejecución de la obra, dentro de los cuales se encontraba el posible desabastecimiento de agua, ya fuera por fenómenos climáticos o por la construcción del túnel de conducción del proyecto. En efecto, refirió la ejecución de diseños y construcción de la ampliación de la cobertura del acueducto de Bolivia, el suministro de agua por carrotanque en máximo verano en el sector de La Costa Alta, la donación de tanques y mangueras a la comunidad de la vereda La Primavera, la construcción del acueducto La Cigalia como una ampliación del acueducto de La Soledad, que no pudo ser operado por impedimento de uno de los accionantes, alimentar un tanque plástico de 5 m³ en la vía La Soledad – Bolivia, etc.

Adujo que está suficientemente claro que las veredas La Costa y Patio Bonito del corregimiento de Bolivia cuentan actualmente con suministro de agua normal, ya sea por fuentes naturales recuperadas o por los planes de contingencia de abastecimiento implementados por la

hidroeléctrica, contrario a lo enunciado en el informe BIOOS; todo lo cual significa que para el proyecto se ha cumplido el principio de desarrollo sostenible de que trata la Constitución Política.

Refirió que en ningún momento les ha faltado agua a los demandantes para el consumo de sus necesidades familiares ni tampoco para sus actividades agropecuarias y, por lo tanto, no se ha producido ningún perjuicio como consecuencia de la construcción del túnel y la operación del proyecto.

4. *“NO SE CONFIGURAN LAS CARACTERISTICAS (sic) DEL DAÑO”*

Manifestó que en este caso el daño no es cierto, pues el agua nunca les ha faltado para el consumo humano ni para las actividades agropecuarias; tampoco es presente o futuro, determinado o determinable, o anormal, y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

5. *“INEXISTENCIA DE UNA CAUSALIDAD ADECUADA”*

Manifestó que la construcción del túnel nada tiene que ver con la existencia de períodos secos que disminuyeron los caudales de las quebradas y, para ello, se le demostró a CORPOCALDAS que en ningún momento las aguas infiltradas en el túnel correspondían a las aguas de las quebradas materia de la acción de grupo, por lo que jamás podría hablarse de una causalidad adecuada.

6. *“INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”*

Aseguró que no hay nexo causal entre la construcción del túnel y la disminución del caudal de las quebradas del área de influencia, como se extrae con certeza del estudio hidrogeológico presentado a CORPOCALDAS a finales de 2014 y que llevó a que la autoridad ambiental levantara la suspensión que había ordenado para continuar con la construcción del proyecto.

7. *“HECHO DE LA VÍCTIMA”*

Afirmó que en el evento de considerarse que existe daño y que hay nexo causal, el Tribunal debe declarar la existencia de un eximente de responsabilidad, ya que luego de haberse iniciado el trámite de la licencia ambiental, los accionantes decidieron comprar los inmuebles en los que hoy dicen que están teniendo lucro cesante.

8. *“INEXISTENCIA DE DAÑO AL SUELO EN EL AREA (sic) SEÑALADA EN LA DEMANDA”*

Explicó que el suelo de los predios que hacen parte del polígono señalado en la demanda y en las zonas contiguas no ha tenido ningún deterioro en su composición fisiológica, como se desprende de pruebas de laboratorio allegadas con el dictamen pericial aportado con la contestación.

9. *“EL FENOMENO (sic) DEL NIÑO SIEMPRE HA EXISTIDO Y LAS CONCLUSIONES QUE SE LLEVAN A LOS HECHOS DE LA REFORMA DE LA DEMANDA CON BASE EN RESPUESTA DEL IDEAM, SON EQUIVOCADAS Y SOLO (sic) PRETENDEN CONFUNDIR”*

Señaló que de la respuesta del IDEAM se advierte que el corregimiento de Bolivia sufrió también los efectos del fenómeno del niño (disminución de lluvias), por estar en una zona muy central de la región andina del país.

ANLA¹⁵

La entidad vinculada precisó que la Central Hidroeléctrica El Edén no adelantó ningún trámite de licencia ambiental ante dicha autoridad, razón por la cual no sólo desconoce las labores adelantadas en relación con la construcción del túnel para conducción del río La Miel, sino que no ha tenido injerencia alguna sobre los hechos que dieron lugar a la demanda.

Sostuvo que de conformidad con la demanda, los accionantes cuestionan actuaciones de CORPOCALDAS, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de la Central Hidroeléctrica El Edén, por lo que no puede atribuirse responsabilidad alguna a la ANLA, como quiera que ésta no tuvo intervención alguna en los hechos objeto de discusión, máxime si éstos tuvieron lugar antes de la expedición del Decreto Ley 3573 de 2011 que creó dicha unidad administrativa especial.

Propuso como excepciones de mérito, las que se relacionan a continuación:

1. *“(...) falta de legitimación pasiva”* por parte de la ANLA, por lo que solicitó su desvinculación del proceso y de todas las pretensiones de la parte accionante.

¹⁵ Páginas 1 a 11 del archivo obrante en la carpeta denominada “Cd Folio 2.643 C1_F”, visible en el cuaderno 001 del expediente digital.

2. *“Culpa exclusiva y determinante de un tercero o el hecho de un tercero”,* pues en el evento que los actores logren demostrar la existencia del daño y sus consecuenciales perjuicios, éstos no le serían atribuibles a la ANLA sino a terceros que, como se extrae de la demanda, son el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica El Edén.
3. *“Las excepciones innominadas, genéricas y demás que llegaren a resultar probadas en el proceso”.*

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte actora¹⁶

Inicialmente precisó que el proyecto desarrollado por la Central Hidroeléctrica El Edén se enmarca dentro de las actividades a que hace referencia el artículo 5 de la Ley 143 de 1994, que dispone que la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, están destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente y, por esa razón, son consideradas servicios públicos de carácter esencial, obligatorio, solidario y de utilidad pública.

Manifestó que los daños ocasionados al medio ambiente y al ecosistema con ocasión de dicho proyecto energético, deben ser resarcidos tanto por la empresa constructora como por la autoridad ambiental encargada del seguimiento y cumplimiento de las obligaciones pactadas tanto en el estudio de impacto ambiental como en todas y cada una de las disposiciones de carácter constitucional y legal que rigen la materia.

Sostuvo que, tal como se expresó en el texto de la reforma de la demanda, en este asunto no se discute la legalidad de la licencia ambiental y su modificación, sino que se cuestiona el seguimiento que debía ejercer la autoridad ambiental, así como la etapa de la construcción del túnel sin que existiera certeza del impacto ambiental, pese a las observaciones que sobre el particular se hizo en el estudio de impacto ambiental aportado por la hidroeléctrica.

Adujo que la responsabilidad que se atribuye a las entidades demandadas se fundamenta en los actos, hechos y omisiones ocurridos durante la construcción y seguimiento de la obra, mencionadas en la demanda y demostradas con las pruebas practicadas.

¹⁶ Archivo nº 154 del cuaderno 001A del expediente digital.

Dividió los alegatos de conclusión en los siguientes apartes, indicando lo que se consigna en seguida:

1. Responsabilidad de CORPOCALDAS

- El ambiente sano ostenta la calidad de derecho fundamental por comprometer la salud y la vida de los asociados. Constituye un deber del Estado propender por un eficiente manejo y administración de los recursos naturales.
- Ninguna comunidad o grupo de personas debe soportar las consecuencias ambientales negativas por el desarrollo de un proyecto. El Estado debe garantizar que no haya impactos desproporcionados o inequitativos por la degradación del medio ambiente.
- A la autoridad ambiental le asiste la función de supervisión y seguimiento, debiendo adoptar de manera inmediata acción de control para prevenir un costo ambiental importante o irreversible, lo que constituye la eficacia del seguimiento.
- La aplicación del principio de precaución tiene una naturaleza autónoma e independiente y sin perjuicio de cualquier escenario o trámite administrativo diferente. Es de aplicación directa, con la finalidad de evitar deterioro ambiental. Compete al Estado y también involucra a los particulares.
- CORPOCALDAS incurrió en una falla en la prestación del servicio, en tanto no hizo uso de los mecanismos con los que contaba para la efectiva protección de los recursos naturales, como el control y seguimiento al plan de manejo ambiental¹⁷, la facultad sancionatoria y la aplicación de los principios de prevención y de precaución en materia ambiental, tal como se refiere a continuación, todo lo cual contribuyó de manera preponderante a la producción del daño o no evitó que éste se causara.
- La autoridad ambiental no intervino frente a las reiteradas quejas que formalmente y en número muy representativo a través del tiempo fueron puestas en su conocimiento por la comunidad del área de influencia del proyecto, donde de manera constante se

¹⁷ Dentro de los cuales se encuentran: verificar la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo implementadas en relación con el plan de manejo ambiental; constatar y exigir el cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven de la licencia ambiental o plan de manejo ambiental; corroborar el comportamiento de los medios bióticos, abióticos y socioeconómicos; verificar el cumplimiento de los permisos, concesiones o autorizaciones ambientales por el uso y/o utilización de los recursos naturales renovables, autorizados; verificar los hechos y las medidas ambientales implementadas para corregir las contingencias ambientales ocurridas; e imponer medidas ambientales adicionales para prevenir, mitigar o corregir impactos ambientales no previstos en los estudios ambientales del proyecto abióticos y socioeconómicos y de los recursos naturales frente al desarrollo del proyecto.

advertía sobre la disminución o escasez del recurso hídrico o aguas superficiales, incluso se indicaba la desaparición de fuentes o afluentes durante la construcción del proyecto.

- La entidad no se encargó previamente a la inundación del túnel de indagar por la causa del comportamiento de las aguas, cuando la comunidad clamaba por la escasez, como tampoco revisó la eficiencia y eficacia de las medidas del plan de manejo sobre la protección de las aguas superficiales, ni conceptuó sobre este tema, no se adoptaron correctivos encaminados a solucionar esta problemática tan sensible y que toca la fibra del mínimo vital.
- Los argumentos esgrimidos en el medio de control tienen que ver con los impactos presentados y no controlados, que generaron daños a la comunidad del corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, por las actividades desarrolladas por la Central Hidroeléctrica El Edén, con la permisión y la desatención en el cumplimiento de sus funciones de CORPOCALDAS y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- En el expediente contentivo de la expedición de la licencia ambiental 500-22-1416 llevado por CORPOCALDAS, se advierten desde el inicio de la construcción del proyecto autorizado, múltiples debilidades y falencias de los estudios ambientales exigidos por la legislación ambiental vigente, constituyéndose dichos actos en una clara y abierta omisión en el cumplimiento de competencias de la autoridad ambiental, todas ellas relacionadas en las Leyes 99 de 1993 y 1333 de 2009.
- CORPOCALDAS no exigió al proyecto hidroeléctrico El Edén los estudios ambientales necesarios y suficientes dirigidos a obtener el conocimiento científico suficiente que permitiera garantizar el manejo y prevención de los impactos asociados a la ejecución del proyecto hidroeléctrico.
- Sin pretender de ninguna manera cuestionar la legalidad del acto administrativo correspondiente, CORPOCALDAS permitió el inicio, avance y construcción del túnel de conducción, a pesar de ser evidente la incertidumbre en los impactos y daños ambientales generados por el proyecto.
- La oportunidad para dar aplicación al principio de prevención se da aún durante la ejecución del proyecto, pues la finalidad del mismo es evitar que se cause un daño irreparable al medio ambiente y el deterioro al ecosistema.
- CORPOCALDAS no aplicó eficazmente el principio de precaución, pues el desecamiento de las fuentes de agua del área de influencia del proyecto hidroeléctrico El Edén fueron evidenciadas por la

misma autoridad ambiental y ésta no tomó las medidas necesarias y suficientes para su control.

2. Responsabilidad del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

- El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible tiene a su cargo no sólo establecer las políticas, planes, programas, proyectos y regulaciones en temas medioambientales, sino también la vigilancia de las autoridades ambientales.
- Pese a que el mismo Ministro de Medio Ambiente visitó la zona afectada y conoció de manera directa y personal la problemática, desatendió de manera completa sus obligaciones de seguimiento y vigilancia respecto de CORPOCALDAS, por lo que también se configura una falla en la prestación del servicio.

3. Responsabilidad de la Central Hidroeléctrica El Edén

- En sentencia de unificación del 10 de junio de 2021 (radicado: 2179206), el Consejo de Estado consideró que dada la magnitud y características de las centrales hidroeléctricas, tienen unos efectos inherentes que alteran el medio ambiente, además de las condiciones sociales y económicas del área de influencia, por lo que la entidad encargada de dicho mantenimiento es responsable por la teoría del riesgo excepcional.
- En el presente caso, factores como la preponderancia que tiene la protección del agua, la vulnerabilidad en que se encuentra la población afectada con la construcción de la hidroeléctrica y la dependencia de este líquido para sus quehaceres implica necesariamente que la construcción del túnel se deba considerar como una actividad riesgosa. En ese sentido, si la construcción del túnel de conducción implica un riesgo para las aguas superficiales de las cuales se benefician personas en estado de vulnerabilidad y sujetos de especial protección constitucional, quien crea el riesgo debe actuar con sujeción a los principios de prevención y precaución, además debe responder por cualquier daño que llegare a causar en la actividad desplegada.
- Aun cuando la actividad desplegada por la hidroeléctrica El Edén es una actividad lícita, ya que la licencia ambiental otorgada no está cuestionada en su legalidad ni tampoco las actividades desplegadas por la empresa, e incluso necesaria para garantizar la seguridad energética del país, lo cierto es que con su proyecto, la Central Hidroeléctrica generó daños a los accionantes que

tomaban agua de los afluentes que disminuyeron su caudal o se secaron.

- El modelo hidrogeológico conceptual y numérico elaborado por HIDROGEOCOL y presentado por la Central Hidroeléctrica El Edén ante CORPOCALDAS, adolece de seriedad, imparcialidad, veracidad, credibilidad y certeza, pues las conclusiones del mismo no tienen respaldo documental de ninguna naturaleza, sino que corresponden a suposiciones del consultor, o se apoyan en pruebas estándar o en análisis realizados por la propia Central Hidroeléctrica El Edén, en una clara y evidente prueba de conflicto de intereses, de falta de ética y de competencia, que le restan rigurosidad científica.
- La problemática relacionada en la demanda nada tiene que ver con los efectos del fenómeno del niño que, para la fecha en que empezó el evento de desecamiento de las aguas superficiales en el área de influencia de la construcción del túnel de El Edén, en el mes de mayo de 2014, apenas se encontraba en proceso de formación, lo que demuestra que es un artificio ideado por la hidroeléctrica para evadir el daño causado al medio ambiente y en particular al recurso hidrológico del área, del cual hacía uso la población propietaria y/o residente del sector, con el beneplácito de CORPOCALDAS.

4. Derecho al agua

- La importancia del agua es notoria e indispensable para la vida humana, por lo que su protección y conservación resulta preponderante e imperiosa. Es así como desde el punto de vista jurídico cuenta con una regulación excepcional y de trascendencia.
- La Constitución Política consagra como deber fundamental del Estado no sólo el de velar por la existencia de todos los ciudadanos y su vida en condiciones de dignas, sino también el de asegurar la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de mejorar la calidad de vida de todos y su subsistencia futura. El constituyente protege el ambiente y, en especial, el agua como fuente de vida y como condicionante para el disfrute de otros derechos fundamentales, tales como los derechos a la salud y a la alimentación.
- Los elementos del derecho al agua deben ser adecuados a la dignidad, a la vida y a la salud humanas.
- El derecho al agua impone tres tipos de obligaciones a los Estados, a saber: respetar, proteger y cumplir.

- Las afectaciones de la comunidad del corregimiento de Bolivia en el Municipio de Pensilvania no fueron menores. La falta del agua trae consigo serias dificultades, situación que no debe ser soportada por los demandantes de esta acción, so pretexto del desarrollo energético del país. En este caso primaron los intereses económicos, pasando por encima del bienestar de los campesinos, vulnerando de esa manera derechos fundamentales y derechos colectivos y del medio ambiente.

Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹⁸

Intervino para reiterar que no existe nexo de causalidad entre el hecho dañoso y la actividad de la entidad demandada.

Expuso que CORPOCALDAS, como máxima autoridad ambiental para el caso concreto, otorgó en el marco de sus funciones la licencia ambiental para la construcción del proyecto hidroeléctrico, y ejerció seguimiento al cumplimiento de lo estipulado en dicha licencia. Añadió que dicha entidad realizó las actividades correspondientes a la verificación del cumplimiento de la licencia ambiental, así como a los requerimientos de planes de contingencia en caso de problemas de abastecimiento; estableció las medidas para prevenir, corregir, mitigar y compensar todos los impactos negativos generados como consecuencia del licenciamiento ambiental otorgado.

Por lo anterior, solicitó negar las pretensiones de la demanda y, de forma subsidiaria, desvincular al Ministerio del presente proceso.

CORPOCALDAS¹⁹

Inicialmente precisó que de acuerdo con la demanda, la problemática planteada se refiere a determinar si se ocasionó daño a los accionantes, producto de la acción u omisión de las entidades demandadas, como resultado de la construcción del túnel para la conducción de aguas del río La Miel, dispuesto por la Central Hidroeléctrica El Edén en el corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, ya que, según los accionantes, se ocasionó un desabastecimiento del recurso hídrico, provocando la vulneración de los derechos fundamentales y colectivos de los habitantes del sector.

Consideró que en los términos expuestos, las pretensiones de los actores grupales no están llamadas a prosperar, por lo siguiente:

¹⁸ Archivo nº 156 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁹ Archivo nº 153 del cuaderno 001A del expediente digital.

1. Conforme a las probanzas obrantes en el expediente, el daño reclamado por los demandantes es inexistente, al tiempo que los supuestos perjuicios acaecidos objeto de reclamación carecen de los atributos de certeza y licitud necesarios para ordenar su reparación por vía grupal, en tanto son hipotéticos y devienen del uso no concesionado de un recurso natural que requiere título de habilitación por parte del Estado para su uso y aprovechamiento.

Como consecuencia del acometimiento del proyecto hidroeléctrico no se causó daño ambiental puro y menos aún el consecutivo reclamado por los actores, dado que se adoptaron las medidas necesarias para la prevención, corrección, mitigación y compensación de los impactos ambientales negativos generados por el acometimiento del proyecto en sus diferentes fases.

Hubo ausencia de causación del supuesto daño ambiental en las fuentes superficiales del corregimiento de Bolivia y la vereda La Soledad del Municipio de Pensilvania, dado que, precisamente, se adoptaron una serie de medidas que impidieron el acaecimiento de dicha circunstancia, al tiempo que se realizaron las pruebas que determinaron que el supuesto daño acaecido no tenía ninguna conexión con la construcción del túnel a través de estudios que tuvieron un grado científico de certeza para llegar a dicha conclusión.

En la zona no se presentaron los daños ambientales devenidos de la construcción de la Central Hidroeléctrica El Edén a los que se alude en la demanda, sino que por lo contrario, se mejoró a la comunidad su situación de abastecimiento, pese a que se demostró con grado científico de certeza la ausencia de afectaciones como consecuencia del acometimiento del proyecto hidroeléctrico.

Tampoco fueron acreditados los perjuicios que la parte pretende se le reconozcan por equivalente pecuniario, dado que no hay certeza sobre la existencia de los mismos y, por lo tanto, son meramente hipotéticos e incluso devienen del uso ilícito.

Los dictámenes aportados y con los cuales se pretende sustentar los supuestos perjuicios, carecen del más mínimo rigor técnico, jurídico y científico, evidenciándose que los supuestos daños son en realidad hipotéticos e inexistentes, dado que se refieren a situaciones que no se han presentado. En efecto, el dictamen psicológico fue aportado de manera incompleta, carece de los requerimientos y parámetros de estructura de una experticia de tal naturaleza de acuerdo con las guías

y protocolos en dicha especialidad, y tiene en cuenta para su argumentación, citas obtenidas de páginas que carecen de rigor científico y técnico. El presunto estudio hidrogeológico del túnel de la hidroeléctrica El Edén allegado con la demanda no cumple los requerimientos técnicos para tener la virtud de fungir como prueba pericial, menos aún, como estudio hidrogeológico, pues el mismo adolece de múltiples y protuberantes falencias que impiden dar por concluyentes sus afirmaciones. El informe de BIOSSE tampoco demuestra las irregularidades plasmadas respecto del uso del suelo de los predios analizados, por cuanto los datos suministrados por algunos de los accionantes difieren de la realidad de sus fincas, así como de la afectación a sus actividades agrícolas. El dictamen pericial valuatorio padece de serias y protuberantes irregularidades que hacen nugatorio su contenido, en tanto el mismo no tuvo en cuenta las disposiciones aplicables en materia de valuación de inmuebles, sino un supuesto método hedónico que no se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, estableciendo una pérdida de valor de los predios inverosímil al punto que a algunos de ellos le aplicó una devaluación del 100% lo cual no resulta posible a la luz de la normativa aplicable.

El supuesto daño reclamado deviene de una condición ilícita, pues para la fecha de acaecimiento de los hechos no contaban con concesión de aguas superficiales para la toma de aquéllas de los cauces, con lo que necesariamente dicho beneficio se realiza de manera ilegal y, con ello, la ilicitud de los daños reclamados por parte de los mismos en el presente trámite judicial.

La disminución de caudales obedece a una circunstancia natural externa imprevisible e irresistible, como es el denominado fenómeno del niño, que causó una constante e intensa sequía en la zona, y que tiene claramente las condiciones de fuerza mayor, que impide la imputación de la responsabilidad endilgada a las demandadas.

2. La reclamación hecha en la demanda que cuestiona a título de falla en el servicio la legalidad del acto administrativo de licenciamiento ambiental para la construcción de la Central Hidroeléctrica El Edén, se realizó por fuera del término de caducidad previsto para el cuestionamiento del respectivo acto.
3. No se demostraron falencias en el actuar de CORPOCALDAS en el trámite de licenciamiento o el seguimiento al mismo, por lo que el supuesto daño reclamado deviene de circunstancias climáticas que reúnen las circunstancias de fuerza mayor.

De conformidad con las actuaciones adoptadas por CORPOCALDAS frente a la licencia ambiental otorgada a la Central Hidroeléctrica El Edén, hay ausencia de configuración de falla en el servicio, en la medida en que en el marco del desarrollo de la actuación administrativa y la consecuente construcción del proyecto hidroeléctrico El Edén, la entidad mostró un grado sumo de diligencia y prudencia al seguimiento de las obligaciones impuestas en el licenciamiento ambiental e inclusive, más allá de ellas, al punto que en aplicación del principio de precaución, adoptó medidas suspensivas y estableció exigencias adicionales al proyecto.

CORPOCALDAS ha actuado conforme a los principios, postulados, normas jurídicas y técnicas que rigen su actuar, pues se ha ceñido en todo su rigor no sólo a las normas legales y reglamentarias que rigen su actuar, sino a los principios supra legales constitucionales y convencionales aplicables a la preservación del medio ambiente, con lo que necesariamente se debe señalar que como tal, no ha vulnerado ningún derecho o interés legítimos, pues su actuar siempre ha estado enmarcado en un ejercicio de ponderación en el cual la protección del medio ambiente y los recursos naturales, han constituido el valor fundamental, con plena aplicación de los principios en materia policiva como el de prevención, al igual que los propios de la protección del medio ambiente como lo es del principio de precaución.

Central Hidroeléctrica El Edén²⁰

A través de los alegatos, la entidad accionada manifestó lo siguiente:

1. En el proceso está demostrado que se permitió adicionar la demanda más de una vez y, por lo tanto, se habilitaron etapas probatorias que desequilibraron el proceso, lo que se traduce en un desconocimiento del derecho al debido proceso.
2. Se acreditó en el proceso que los peritos no cumplían los requisitos para haber producido los dictámenes que se aportaron, algunos extemporáneamente y otros sin que se reunieran los presupuestos para proferirlos. No pueden tenerse como peritajes los aportados por la parte actora por cuanto presentan errores graves detallados extensamente, por lo que no puede dárseles valor probatorio.
3. No se demandaron los actos administrativos que concedieron las licencias ambientales y/o sus modificaciones, lo cual era necesario, en la

²⁰ Archivo nº 155 del cuaderno 001A del expediente digital.

medida en que de la lectura de los hechos de la demanda se desprende que la motivación del presunto daño reclamado en esta acción lo constituye el otorgamiento irregular de las licencias ambientales y sus modificaciones y/o ampliaciones.

4. Está demostrada la falta de requisitos de la demanda.
5. Se configuró el fenómeno de la caducidad del medio de control, sea el de 4 meses frente a los actos administrativos que otorgaron licencia ambiental y sus modificaciones y/o ampliaciones, o el de 2 años desde que se conoció el supuesto daño.
6. Hay falta de legitimación en la causa por activa, en tanto demandan grupos familiares que se encuentran por fuera del polígono de las coordenadas señaladas en la misma demanda, y hay otros que para la época de presentación del libelo ya no eran propietarios o vendieron el predio luego de la radicación de aquel.
7. No existe daño por la construcción del túnel de la Central Hidroeléctrica El Edén.
8. El bajo caudal de las aguas de las quebradas del corregimiento de Bolivia se debe exclusivamente al fenómeno del niño y al descuido de las cuencas por parte de los accionantes.
9. La Central Hidroeléctrica El Edén mitigó los posibles impactos de la forma como se estructuró en la licencia y como lo permite la ley dentro del concepto de desarrollo sostenible, y no hubo daño alguno para los accionantes.
10. En este caso no se configuran las características del daño, esto es, que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y protegido jurídicamente. Lo anterior, en tanto el agua no ha faltado para el consumo humano ni para sus actividades agropecuarias, las que de paso no se demostraron; no se ha modificado el uso del suelo; y además la explotación del agua por parte de los accionantes se ha dado sin concesión alguna.
11. No existe causalidad adecuada, pues se demostró que la construcción del túnel nada tiene que ver con la existencia de períodos secos que disminuyeron los caudales de las quebradas.

12. No hay nexo causal entre la construcción del túnel y la disminución del caudal de las quebradas del área de influencia de dicha construcción.
13. Se configura en este caso el hecho de la víctima, por cuanto, de un lado, una vez se conoció la noticia de la licencia ambiental para la construcción de la hidroeléctrica, los accionantes decidieron comprar los inmuebles que en la demanda manifiestan que fueron afectados, y de otro, otros se negaron a recibir el agua del acueducto e incluso a torpedear el paso de las tuberías para que llegara a sus predios y a los de sus vecinos.
14. Se demostró la inexistencia de daño al suelo en el área señalada en la demanda.
15. Está acreditado que el fenómeno del niño siempre ha existido y que las afirmaciones que se hacen en la reforma de la demanda a una respuesta del IDEAM, son equivocadas y sólo pretenden confundir.

ANLA²¹

Manifestó que de conformidad con las características de la hidroeléctrica El Edén, esto es, de ser una central a filo de agua con una capacidad instalada de 20 MW, la ANLA no es la entidad competente para conocer ni autorizar licencia ambiental de dicho proyecto.

Por lo expuesto, consideró que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, atendiendo las funciones asignadas a la ANLA en concordancia con las condiciones del proyecto hidroeléctrico en discusión.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor agente del Ministerio Público no rindió concepto en este proceso.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 28 de abril de 2017²², y allegado el 3 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia²³.

²¹ Archivo nº 152 del cuaderno 001A del expediente digital.

²² Página 4 del archivo nº 001 del cuaderno 001 del expediente digital.

²³ Página 124 del archivo nº 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

Inadmisión de la demanda. Con auto del 15 de junio de 2017²⁴, el Despacho inadmitió la demanda. La parte actora presentó memorial de corrección²⁵. A través de auto del 10 de julio de 2017²⁶, se ordenó integrar la demanda. Los demandantes integraron en un solo escrito la demanda y su corrección²⁷.

Admisión de la demanda. Antes de resolver sobre la admisión de la demanda, el Despacho expidió auto el 17 de agosto de 2017²⁸, con el cual realizó requerimientos a las autoridades demandadas. Por auto del 9 de octubre de 2017²⁹, admitió la demanda.

Solicitud de nulidad. Trámite. El 19 de octubre de 2017, CORPOCALDAS elevó solicitud de nulidad³⁰. De dicha petición se corrió traslado a las partes³¹. La Central Hidroeléctrica El Edén se pronunció³². Con auto del 24 de enero de 2018³³, el Despacho negó la declaratoria de nulidad de lo actuado, pero ordenó a la Secretaría de la Corporación cumplir la orden de notificación personal de la demanda.

Recursos contra el auto admisorio. Frente al auto admisorio de la demanda, CORPOCALDAS³⁴ y la Central Hidroeléctrica El Edén³⁵ interpusieron recursos de reposición. De los citados recursos se corrió traslado³⁶. La parte actora se pronunció al respecto³⁷. Con auto del 18 de mayo de 2018³⁸, el Despacho negó la reposición del auto recurrido.

Medidas cautelares. Trámite. En memorial aparte³⁹, los accionantes solicitaron el decreto de medidas cautelares. En el mismo auto admisorio del 9 de octubre de 2017⁴⁰, el Despacho negó las medidas cautelares solicitadas; decisión contra la cual la parte actora interpuso recurso de apelación⁴¹. Una vez se corrió traslado de la alzada⁴², la Central

²⁴ Páginas 149 a 157 del archivo n° 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁵ Páginas 162 a 212 del archivo n° 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁶ Página 263 del archivo n° 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁷ Páginas 269 a 439 del archivo n° 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁸ Páginas 441 y 442 del archivo n° 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁹ Páginas 107 a 123 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁰ Páginas 147 a 158 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³¹ Páginas 337 y 338 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³² Páginas 365 a 367 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³³ Páginas 371 a 386 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁴ Páginas 395 a 432 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁵ Páginas 465 a 488 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁶ Páginas 489 y 490 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁷ Páginas 491 a 495 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁸ Páginas 500 a 526 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁹ Páginas 230 a 243 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁰ Páginas 107 a 123 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 131 a 144 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴² Páginas 145 y 146 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

Hidroeléctrica El Edén⁴³ y CORPOCALDAS⁴⁴ se pronunciaron. Mediante auto del 18 de mayo de 2018⁴⁵, el Despacho concedió el recurso de apelación. La parte actora desistió del recurso⁴⁶; lo cual fue aceptado por el Magistrado Ponente de esta providencia en auto del 29 de mayo de 2018⁴⁷.

Contestación de la demanda. Practicada la notificación de la demanda, ésta fue contestada oportunamente por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁴⁸, la Central Hidroeléctrica El Edén⁴⁹ y CORPOCALDAS⁵⁰.

Vinculación. Con auto del 3 de septiembre de 2018⁵¹, el Despacho dispuso la vinculación de la ANLA al trámite de este proceso.

Reforma de la demanda. El 14 de noviembre de 2018, la parte actora presentó reforma de la demanda⁵²; la cual fue admitida a través de auto del 30 de noviembre de 2018⁵³. Contra la anterior decisión la Central Hidroeléctrica El Edén⁵⁴ y CORPOCALDAS⁵⁵ interpusieron recursos de reposición, los cuales fueron resueltos desfavorablemente con auto del 19 de febrero de 2019⁵⁶, luego de haber corrido traslado de los mismos a la parte actora⁵⁷, la cual se pronunció al respecto⁵⁸.

Contestación de la reforma de la demanda. La Central Hidroeléctrica El Edén⁵⁹ y CORPOCALDAS⁶⁰ contestaron la reforma de la demanda.

Traslado de excepciones. De las excepciones propuestas por las entidades accionadas se corrió traslado a la parte actora⁶¹, la cual se pronunció frente a aquellas⁶².

⁴³ Páginas 261 a 274 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁴ Páginas 277 a 310 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁵ Páginas 500 a 526 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁶ Páginas 527 y 528 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁷ Páginas 530 a 532 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁸ Páginas 1 a 14 del archivo n° 007 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 186 a 393 del archivo n° 007 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁰ Páginas 1 a 30 y 112 a 304 del archivo n° 006 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵¹ Páginas 408 a 410 del archivo n° 007 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵² Páginas 49 a 231 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵³ Páginas 236 a 240 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁴ Páginas 245 a 248 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁵ Páginas 249 a 272 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁶ Páginas 281 a 287 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁷ Páginas 273 y 274 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁸ Páginas 275 a 279 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁵⁹ Páginas 1 a 230 del archivo n° 009 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁰ Páginas 1 a 201 del archivo n° 010 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶¹ Páginas 1 y 2 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital, y páginas 64 a 66 del archivo n° 011 ibidem.

⁶² Páginas 3 a 26 del archivo n° 008 del cuaderno 001 del expediente digital.

Decisión de excepciones previas. Con auto del 2 de diciembre de 2019⁶³, el Despacho se pronunció en relación con las excepciones previas propuestas en el proceso. La Central Hidroeléctrica El Edén presentó solicitud de adición de la referida providencia⁶⁴. Mediante auto del 30 de enero de 2020⁶⁵, aquella se adicionó. Contra la decisión de excepciones previas, CORPOCALDAS⁶⁶ y la Central Hidroeléctrica El Edén⁶⁷ interpusieron recursos de apelación. Luego de correr traslado de los citados recursos⁶⁸, el Despacho profirió auto el 25 de noviembre de 2020⁶⁹, con el cual negó por improcedente la apelación y confirmó el auto recurrido.

Audiencia de conciliación. Mediante auto del 26 de agosto de 2021⁷⁰, el Despacho citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 28 de septiembre de 2021⁷¹.

Solicitud de nulidad. Trámite. En desarrollo de la audiencia de conciliación, la Central Hidroeléctrica El Edén elevó solicitud de nulidad⁷². Con auto del 28 de octubre de 2021⁷³, el Despacho rechazó de plano la petición de nulidad.

Recursos contra el auto que rechazó de plano la nulidad. Frente al anterior auto, la Central Hidroeléctrica El Edén interpuso recurso de apelación⁷⁴. Del citado recurso y conforme al artículo 201A del CPACA, se corrió traslado a las partes⁷⁵, las cuales no se pronunciaron al respecto⁷⁶. Con auto del 25 de noviembre de 2021⁷⁷, el Despacho concedió la apelación en el efecto devolutivo.

Decreto de pruebas. Por auto del 13 de enero de 2022⁷⁸, el Despacho decretó pruebas en este asunto. La Central Hidroeléctrica El Edén solicitó adicionar dicha providencia⁷⁹; petición a la que accedió el Magistrado Ponente de esta

⁶³ Páginas 71 a 85 del archivo n° 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁴ Páginas 105 a 113 del archivo n° 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁵ Páginas 121 a 127 del archivo n° 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁶ Páginas 90 a 104 del archivo n° 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁷ Páginas 133 a 138 del archivo n° 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁸ Páginas 114, 115, 147 y 148 del archivo n° 011 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁶⁹ Archivo n° 012 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁰ Archivo n° 015 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷¹ Archivos n° 44 y 45 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷² Archivos n° 44 y 45 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷³ Archivo n° 46 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁴ Archivo n° 49 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁵ Archivo n° 50 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁶ Archivo n° 50 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁷ Archivo n° 51 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁸ Archivo n° 52 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁷⁹ Archivo n° 56 del cuaderno 001 del expediente digital.

sentencia mediante auto del 2 de febrero de 2022⁸⁰.

Recursos contra el auto que decretó pruebas. Contra el auto que resolvió sobre pruebas, la Central Hidroeléctrica El Edén interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación⁸¹. Del citado recurso se corrió traslado a las partes⁸², las cuales no se pronunciaron al respecto⁸³. Con auto del 25 de febrero de 2022⁸⁴, el Despacho resolvió la reposición y concedió la apelación en el efecto devolutivo.

Requerimiento pruebas. Por autos del 10 de mayo de 2022⁸⁵, del 29 de junio de 2022⁸⁶ y del 11 de octubre de 2022⁸⁷, el Despacho realizó varios requerimientos en relación con el recaudo de pruebas documentales faltantes.

Audiencia de pruebas. El 28 de febrero de 2022⁸⁸, el 1º de marzo de 2022⁸⁹, el 7 de marzo de 2022⁹⁰, el 14 de marzo de 2022⁹¹, el 15 de marzo de 2022⁹², el 16 de marzo de 2022⁹³, el 17 de marzo de 2022⁹⁴, el 23 de marzo de 2022⁹⁵, el 24 de marzo de 2022⁹⁶, el 5 de abril de 2022⁹⁷, el 6 de abril de 2022⁹⁸ y el 7 de abril de 2022⁹⁹, se llevó a cabo audiencia de pruebas para el recaudo de las pruebas solicitadas y decretadas.

Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público. Con auto del 27 de octubre de 2022¹⁰⁰, el Despacho declaró clausurada la etapa probatoria y, en consecuencia, corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión. Durante el término conferido, allegaron

⁸⁰ Archivo nº 61 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁸¹ Archivos nº 66 y 68 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁸² Archivos nº 71 y 72 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁸³ Archivo nº 73 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁸⁴ Archivo nº 80 del cuaderno 001 del expediente digital.

⁸⁵ Archivo nº 114 del cuaderno 001A del expediente digital.

⁸⁶ Archivo nº 132 del cuaderno 001A del expediente digital.

⁸⁷ Archivo nº 146 del cuaderno 001A del expediente digital.

⁸⁸ Archivos nº 007 y 008 del cuaderno 007 del expediente digital.

⁸⁹ Archivos nº 009 a 012 del cuaderno 007 del expediente digital.

⁹⁰ Archivos nº 013 y 014 del cuaderno 007 del expediente digital.

⁹¹ Archivos nº 015 y 016 del cuaderno 007 del expediente digital, y archivos nº 023 y 024 del cuaderno 008 ibidem.

⁹² Archivos nº 025 y 026 del cuaderno 008 del expediente digital.

⁹³ Archivos nº 027 y 028 del cuaderno 008 del expediente digital.

⁹⁴ Archivos nº 029 y 030 del cuaderno 008 del expediente digital.

⁹⁵ Archivos nº 012 y 013 del cuaderno 009 del expediente digital.

⁹⁶ Archivos nº 014 y 015 del cuaderno 009 del expediente digital.

⁹⁷ Archivos nº 004 y 005 del cuaderno 010 del expediente digital.

⁹⁸ Archivos nº 027 y 028 del cuaderno 009 del expediente digital.

⁹⁹ Archivos nº 032 y 033 del cuaderno 008 del expediente digital.

¹⁰⁰ Archivo nº 150 del cuaderno 001A del expediente digital.

pronunciamiento la ANLA¹⁰¹, CORPOCALDAS¹⁰², la parte actora¹⁰³, la Central Hidroeléctrica El Edén¹⁰⁴ y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible¹⁰⁵. El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

Paso a Despacho para sentencia. El 28 de noviembre de 2022, el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁰⁶, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretenden los demandantes que por parte de esta Corporación se declare a las entidades accionadas administrativamente responsables por la vulneración de unos derechos individuales y colectivos que se estiman conculcados como consecuencia de la ejecución de las obras y actividades que hacen parte del proyecto hidroeléctrico El Edén, lo que dejó *“prácticamente sin agua”* para el consumo humano y agropecuario a *“muchos de los actores”* de este medio de control, y a su vez generó una serie de *“daños y perjuicios”* cuya reparación integral y equitativa se solicita.

Cuestión previa

Antes de adentrarse en el fondo de la controversia, este Tribunal debe precisar que conforme se estimó por el Despacho Sustanciador en auto del 18 de mayo de 2018¹⁰⁷, con el cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos por CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica El Edén contra el auto admisorio de la demanda, en el presente asunto no se configura el fenómeno de la caducidad, por lo siguiente.

En primer término, debe señalarse que este medio de control fue promovido con el propósito de obtener la reparación de los perjuicios que se estiman causados por un supuesto desabastecimiento de agua para consumo humano y actividades agrícolas, a raíz de la desaparición de varios cauces de agua con ocasión de la construcción del túnel de conducción de la hidroeléctrica El Edén.

¹⁰¹ Archivo n° 152 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁰² Archivo n° 153 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁰³ Archivo n° 154 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁰⁴ Archivo n° 155 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁰⁵ Archivo n° 156 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁰⁶ Archivo n° 157 del cuaderno 001A del expediente digital.

¹⁰⁷ Páginas 500 a 526 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

Tal como lo afirmaron los accionantes y según se corrobora con las pruebas documentales obrantes en el expediente, aún para la fecha en la cual se radicó la demanda, algunos habitantes del corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania elevaron quejas a CORPOCALDAS y a otras autoridades, relacionadas con el supuesto desabastecimiento de agua.

En ese sentido, se estimó en su momento por el Magistrado Ponente de esta providencia y se reitera en esta oportunidad, que el daño alegado, independientemente de que esté o no demostrado en este caso, revestía la connotación de daño continuado que, conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, habilitaba a los actores a ejercer el derecho de acción y a presentar la demanda para la fecha en la que lo hicieron (28 de abril de 2017).

De otra parte, se aprecia que los demandantes no pretenden la declaratoria de nulidad de ningún acto administrativo, sino la declaratoria de responsabilidad por parte de las entidades accionadas y la consecuente reparación integral del daño generado por el impacto ambiental referido. En ese entendimiento, no aplica la regla de caducidad de cuatro meses de que trata el artículo 145 del CPACA.

Por lo expuesto, la Sala declarará no probada la excepción de caducidad propuesta en este proceso tanto por CORPOCALDAS como por la Central Hidroeléctrica El Edén.

Problema jurídico

Las cuestiones que es necesario dilucidar en el *sub examine* corresponden a los siguientes interrogantes:

- *¿Se demostraron por la parte demandante los elementos necesarios para declarar patrimonialmente responsable a la parte accionada por los perjuicios que se dicen padecidos por los accionantes con ocasión del supuesto secamiento y/o disminución de fuentes de agua en el corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, con ocasión de la construcción del túnel de conducción de la central hidroeléctrica El Edén?*

En caso afirmativo,

- *¿Se encuentran acreditados los perjuicios reclamados?*
- *¿Qué entidad o entidades serían las responsables del reconocimiento de los perjuicios reclamados por la parte actora?*

Para despejar los problemas planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos probados; **ii)** generalidades del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo; **iii)** elementos generales de responsabilidad del Estado; y **iv)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

1. Hechos acreditados

En aras de resolver el problema jurídico objeto de discusión, procede esta Sala de Decisión a reseñar preliminarmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos que dieron origen a esta demanda y que se encuentran acreditados en el expediente de la manera que se indica a continuación.

Debe en todo caso precisarse que debido a la copiosa prueba documental y testimonial recaudada en este proceso, este Tribunal hará referencia únicamente a la que considera más relevante, la cual se cita de la manera más sintética posible, así:

a) Solicitud de licencia ambiental para la construcción y operación de una central hidroeléctrica

El 30 de noviembre de 2010, LATINCO solicitó a CORPOCALDAS el otorgamiento de licencia ambiental para la construcción y operación de la central hidroeléctrica El Edén, localizada en la cuenca alta del río La Miel, jurisdicción de los Municipios de Pensilvania, Marquetalia y Manzanares¹⁰⁸.

El proyecto planteado comprendía la construcción de las siguientes obras: **i)** azud de captación de fondo en concreto, de 7 m de paramento, 9 m de largo y 13 m de altura, operado a filo de agua, y compuerta vertical deslizante sobre el canal de paso del caudal ambiental, operada mediante un servomotor; **ii)** desarenador de flujo horizontal en concreto; **iii)** tres tramos de conducción a flujo libre, dos en tubería y un túnel; **iv)** tanque de carga; **v)** conducción a alta presión; **vi)** casa de máquinas con dos turbinas Pelton; y **vii)** 7.426 m de vías nuevas y la adecuación de 22.797 m de las vías existentes¹⁰⁹.

LATINCO acompañó su solicitud con estudio de impacto ambiental que,

¹⁰⁸ Páginas 20, 219 y 433 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 31 del archivo n° 006 y la página 24 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 169 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁰⁹ Páginas 20, 219 y 433 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 31 del archivo n° 006 y la página 24 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 169 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

pese a cumplir los requisitos exigidos sobre la materia y contener información relevante y suficiente acerca de la identificación y calificación de los impactos, tuvo que ser complementado, lo cual se llevó a cabo el 11 de febrero de 2011, cumpliendo con los demás presupuestos previstos por el Decreto 2820 de 2010¹¹⁰.

b) Otorgamiento de licencia ambiental para la construcción y operación de una central hidroeléctrica

Con Informe Técnico n° 500-13-055 del 18 de marzo de 2011¹¹¹, aclarado y complementado con Memorandos Internos n° 405 del 12 de abril de 2011¹¹² y n° 474 del 27 de abril de 2011¹¹³, el Grupo de Licencias Ambientales de CORPOCALDAS evaluó la solicitud de licencia ambiental para la construcción y operación del proyecto hidroeléctrico El Edén, considerándola viable.

Atendiendo lo anterior, mediante Resolución n° 173 del 4 de mayo de 2011¹¹⁴, CORPOCALDAS otorgó la licencia ambiental solicitada por LATINCO, con sujeción al cumplimiento de las medidas establecidas en el plan de manejo ambiental, así como de otras disposiciones adicionales detalladas en el mismo acto.

Se precisó en la citada resolución que la licencia ambiental llevaba implícita la concesión de aguas superficiales para derivar del río La Miel, en las coordenadas 1.079.832 N – 885.038 E, un caudal de hasta 4.84 m³/s, garantizando siempre un caudal ambiental de 1 m³/s.

Consta que igualmente se concedió el derecho a usar un caudal de 4.4 l/s durante la etapa de construcción, derivado de tres corrientes sin nombre; así como a derivar de uno de los citados cauces un caudal de 0.14 l/s en la fase de operación.

Para verificar que se diera cumplimiento a los términos de concesión de aguas, se dispuso en la licencia ambiental que se debían instalar medidores en cada una de las captaciones y efectuar aforos mensuales.

¹¹⁰ Páginas 20, 219 y 433 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 31 del archivo n° 006 y la página 24 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 169 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹¹¹ Páginas 120 a 162 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹¹² Páginas 164 a 166 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹¹³ Páginas 167 y 168 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹¹⁴ Páginas 20 a 26, 219 a 225 y 433 a 439 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 31 a 37 del archivo n° 006 y las páginas 24 a 30 del archivo n° 011 ibidem; así como con las páginas 169 a 175 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

Se consignó en la resolución que la licencia ambiental incluía el permiso para ocupar los cauces de las corrientes interceptadas por las vías de acceso a las zonas de captación y de descarga, mediante la instalación de tuberías entre 1 y 1.35 m de diámetro, en sitios que se determinaron por sus coordenadas.

El acto de otorgamiento de licencia consagró que durante la construcción y operación de las estructuras se efectuarían monitoreos periódicos, especialmente después de las épocas de lluvias, para asegurar su correcto funcionamiento y el flujo permanente de 1% corrientes.

c) Cesión de la licencia ambiental

Por Resolución nº 369 del 22 de septiembre de 2011¹¹⁵, CORPOCALDAS autorizó la cesión total que LATINCO hizo a la sociedad Central Hidroeléctrica El Edén respecto de la licencia otorgada.

d) Primeras solicitudes de modificación de la licencia ambiental y trámite de las mismas. Intervención de la comunidad. Seguimiento de CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la hidroeléctrica

El 24 de noviembre de 2011, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a CORPOCALDAS la modificación de la licencia ambiental concedida, en punto a los diseños por relocalización de la obra de captación y consecuentemente del azud y de los desarenadores, conducción a flujo libre y cambio en portales de entrada y salida del túnel, cambio en el alineamiento de la vía a casa de máquinas e inclusión de una nueva zona de depósito; así como variaciones en las condiciones de uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales asociadas al proyecto¹¹⁶.

Con Auto nº 245 del 7 de diciembre de 2011¹¹⁷, CORPOCALDAS inició el trámite de modificación de la licencia ambiental.

El 26 de diciembre de 2011, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó términos de referencia para tramitar licencia ambiental para la construcción

¹¹⁵ Página 28 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 42 y 62 del archivo nº 006 ibidem; así como con las páginas 215 y 216 del archivo nº 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹¹⁶ Páginas 30, 227 y 442 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 39 del archivo nº 006 y la página 32 del archivo nº 011 ibidem; así como con la página 83 del archivo nº 03 del cuaderno 002 ibidem.

¹¹⁷ Páginas 30, 227 y 442 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 39 del archivo nº 006 y la página 32 del archivo nº 011 ibidem; así como con la página 83 del archivo nº 03 del cuaderno 002 ibidem.

de una línea de transmisión de 115 KV que se conectaría al Sistema Nacional de Interconexión Eléctrica y tendría una longitud de 5 km; proyecto para el cual allegó el respectivo estudio impacto ambiental¹¹⁸.

Con Auto n° 024 del 13 de febrero de 2012¹¹⁹, CORPOCALDAS modificó el auto de inicio para incluir dentro del trámite de modificación de la licencia ambiental, la construcción de la línea de transmisión solicitada.

El 2 de marzo de 2012, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó permiso de estudio con fines de investigación científica en diversidad biológica dentro del trámite de modificación de licencia ambiental del proyecto de construcción y operación de la hidroeléctrica El Edén; situación que conllevó a que con Auto n° 37 del 30 de abril de 2012, CORPOCALDAS nuevamente modificara el auto de inicio, con el fin de incluir el referido permiso¹²⁰.

Por oficio radicado ante CORPOCALDAS el 17 de agosto de 2012¹²¹, la Junta de Acción Comunal de la vereda La Costa del corregimiento de Bolivia manifestó su rechazo a la construcción del proyecto hidroeléctrico, por considerarlo una amenaza para las fuentes hídricas.

El 6 de septiembre de 2012, contratista de la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS elaboró Concepto Técnico de Seguimiento Ambiental n° SRN 500-13-431¹²², con destino al subdirector de dicha dependencia, informando que la sociedad beneficiaria de la licencia ambiental no había iniciado la ejecución del proyecto debido a que los diseños contemplados inicialmente no cumplían las metas propuestas. Se añadió que la Central Hidroeléctrica El Edén debía presentar avances en la ejecución de programas de manejo ambiental, relacionados específicamente con el plan de gestión social que incluye los proyectos de información y participación comunitaria e institucional, fortalecimiento de la gestión pública, y conformación y fortalecimiento de la veeduría ciudadana.

Con oficio del 24 de octubre de 2012¹²³, CORPOCALDAS se pronunció frente

¹¹⁸ Páginas 30, 227 y 442 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 39 del archivo n° 006 y la página 32 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 83 del archivo n° 03 del cuaderno 002 ibidem.

¹¹⁹ Páginas 30, 227 y 442 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 39 del archivo n° 006 y la página 32 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 83 del archivo n° 03 del cuaderno 002 ibidem.

¹²⁰ Páginas 30, 227 y 442 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 39 del archivo n° 006 y la página 32 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 83 del archivo n° 03 del cuaderno 002 ibidem.

¹²¹ Página 386 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹²² Páginas 387 a 392 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹²³ Página 394 del archivo n° 01 del cuaderno 002 del expediente digital.

a la manifestación hecha el 17 de agosto de 2012 por la Junta de Acción Comunal de la vereda La Costa del corregimiento de Bolivia, informando que el proyecto contaba con licencia ambiental, cuya modificación se encontraba siendo estudiada. Adicionalmente señaló que con el propósito de efectuar labores de seguimiento a la licencia ambiental y atender las inquietudes de la comunidad del área de influencia del proyecto, tal autoridad realizaría visita de campo el 1 y 2 de noviembre de 2012.

Para dar trámite a las solicitudes de modificación de la licencia ambiental, CORPOCALDAS solicitó a la Central Hidroeléctrica El Edén que complementara el estudio de impacto ambiental y remitiera documentación e información requerida; lo cual fue allegado por la interesada¹²⁴.

La Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS rindió Informe Técnico n° 085 del 19 de febrero de 2013¹²⁵ con destino a la Secretaría General de dicha entidad, en relación con la solicitud de modificación de la licencia ambiental, en el que indicó lo que se sintetiza a continuación: **i)** que el documento de modificación del estudio de impacto ambiental para la construcción y operación de la hidroeléctrica El Edén no resolvía las inquietudes sobre la disminución del agua durante la construcción del túnel; **ii)** que la falta de información técnica sobre el comportamiento hidrogeológico del área y los impactos ambientales potenciales había llevado a una definición inadecuada del área de influencia directa; **iii)** que las medidas propuestas para el trazado del túnel no eran suficientes para garantizar la prevención del impacto ambiental de disminución de agua en las fuentes superficiales; **iv)** que no se había comparado adecuadamente el impacto ambiental de la extracción de material de excavación con los impactos relacionados con la disminución del agua en las fuentes superficiales; **v)** que se requería información técnica detallada (geológica, hidrogeológica, geotécnica, entre otros), para la toma de decisiones tales como el trazado de túneles, vías y demás infraestructura, lo que a su vez era decisivo en la determinación de los impactos ambientales; y **vi)** que las modificaciones propuestas no sólo obedecían a las inquietudes en relación con la disminución del agua en las fuentes superficiales planteadas por CORPOCALDAS, sino que buscaban maximizar la capacidad de generación de energía.

Teniendo en cuenta que en criterio de la Subdirección de Recursos Naturales

¹²⁴ Páginas 30, 227 y 442 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con la página 39 del archivo n° 006 y la página 32 del archivo n° 011 ibidem; así como con la página 83 del archivo n° 03 del cuaderno 002 ibidem.

¹²⁵ Páginas 162 a 166 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 79 a 83 del archivo n° 02 del cuaderno 002 ibidem.

de CORPOCALDAS, la beneficiaria de la licencia no había argumentado ni sustentado técnicamente la necesidad de la modificación y los impactos ambientales que se generarían con dicha modificación, especialmente el impacto por disminución del agua en las fuentes superficiales y en el medio biótico asociado, la autoridad ambiental exigió la presentación de estudios hidrogeológicos con características específicas.

Con Oficio n° 500-4228 del 19 de febrero de 2013¹²⁶, el subdirector de Recursos Naturales de CORPOCALDAS dio a conocer al gerente de la Central Hidroeléctrica El Edén, las observaciones sobre la modificación de la licencia ambiental para la construcción y operación del proyecto hidroeléctrico El Edén, conforme al Informe Técnico n° 085 del 19 de febrero de 2013.

El 27 de febrero de 2013, el presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda La Costa del corregimiento de Bolivia radicó ante CORPOCALDAS oficio en el cual manifestó la preocupación de la comunidad por las posibles afectaciones derivadas de la construcción del proyecto hidroeléctrico¹²⁷.

El mismo 27 de febrero de 2013, técnico de oficina de Pensilvania elaboró Informe Técnico n° 500-PENSILVANIA-009¹²⁸, con destino a la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS, informando que había recibido denuncia por tala de gradual en el caserío de la vereda La Soledad, y que al realizar la respectiva visita al sector, le fue indicado por el personal de obra que dicha actividad estaba autorizada en la licencia ambiental; afirmación que se confirmó por el Grupo de Licencias Ambientales a través del Memorando n° 500-2551 del 19 de marzo de 2013¹²⁹.

El 2 de marzo de 2013, un habitante de la vereda La Soledad del corregimiento de Bolivia, que no hace parte del grupo de demandantes en este proceso, solicitó a CORPOCALDAS la realización de visita técnica urgente, aduciendo que con la construcción del proyecto se vería afectado el suministro de agua del recurso hídrico del cual se abastecía¹³⁰.

El 7 de marzo de 2013, algunos habitantes de la vereda La Miel del corregimiento de Bolivia remitieron oficio a CORPOCALDAS¹³¹, elogiando la forma y condiciones en las que se estaba prestando el servicio y agradeciendo la gestión que permitía mantenimiento y mejora de la vía entre

¹²⁶ Páginas 167 a 169 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital.

¹²⁷ Página 93 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹²⁸ Páginas 91 y 92 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹²⁹ Páginas 239 y 240 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³⁰ Página 338 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³¹ Páginas 222 a 228 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

las veredas La Miel y La Miel Baja en Pensilvania y Manzanares. Frente a tal manifestación, CORPOCALDAS se pronunció en oficio del 22 de abril de 2013¹³².

Mediante oficio radicado ante CORPOCALDAS el 7 de marzo de 2013¹³³, habitantes de las veredas La Soledad, Barreto, La Soledad Baja y otras del corregimiento de Bolivia expresaron cuál debía ser la ubicación de la carretera a la planta eléctrica.

El 26 de marzo de 2013, habitantes del Municipio de Pensilvania manifestaron en oficio dirigido a CORPOCALDAS¹³⁴, que el proyecto había traído beneficios sociales a la comunidad, por lo que solicitaban agilizar la aceptación de la modificación de la licencia ambiental.

Con Oficio n° 500-6209 sin fecha¹³⁵, el subdirector de Recursos Naturales de CORPOCALDAS dio a conocer a la Central Hidroeléctrica El Edén que con ocasión de visita llevada a cabo el 10 de abril de 2013, se constató que un desprendimiento de tierra en el predio del señor Wilson Giraldo afectaba la fuente de agua de la cual éste se beneficiaba así como la cobertura vegetal protectora existente, por lo que la empresa debía emprender una serie de medidas para evitar la afectación de los recursos naturales con la ejecución del proyecto.

El 14 de abril de 2013, el representante legal de la Central Hidroeléctrica El Edén se dirigió a los presidentes de las Juntas de Acción Comunal de las veredas de influencia del proyecto El Edén¹³⁶, indicando: “(...) *la CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN S.A.S. E.S.P. beneficiario de la Licencia Ambiental de construcción y operación de la central, asume el compromiso, que en el evento que se afecten quebradas, debido a la construcción y operación del túnel de conducción del proyecto, en especial por la posible disminución o desaparición de los caudales de las quebradas situadas en la zona de influencia del túnel, las cuales se encuentran en el programa de monitoreo y seguimiento (aforo de caudales) que se viene realizando desde finales del año 2011 por parte de nuestra empresa, nos comprometemos a tomar todas las medidas necesarias para reparar los perjuicios causados a los afectados solucionando el suministro de agua a las comunidades, sin costo adicional para las mismas*”.

El 5 de mayo de 2013, funcionarios de CORPOCALDAS diligenciaron

¹³² Página 285 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³³ Páginas 229 a 231 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³⁴ Páginas 257 a 271 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³⁵ Páginas 20 y 21 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³⁶ Páginas 214 y 215 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 283 y 284 del archivo n° 02 del cuaderno 002 ibidem.

memorias de las reuniones llevadas a cabo en predios de la vereda La Soledad del corregimiento de Bolivia, para identificar los supuestos impactos generados por el proyecto¹³⁷.

El 6 de mayo de 2013, habitantes de la vereda La Soledad Alta del corregimiento de Bolivia radicaron oficios ante CORPOCALDAS¹³⁸, en los cuales solicitaron visita técnica urgente ante las afectaciones generadas a predios, aguas y alcantarillado por la construcción de vías con ocasión del proyecto hidroeléctrico, de lo que adjuntaron material fotográfico. La visita se realizó el 10 y 11 de mayo de 2013¹³⁹.

El 17 de mayo de 2013, una de las habitantes de la vereda La Soledad del corregimiento de Bolivia nuevamente reiteró a CORPOCALDAS la problemática en la zona por la construcción de vías con ocasión del proyecto hidroeléctrico¹⁴⁰.

Luego de realizar visitas el 10 y 11 de mayo de 2013 con ocasión de las inconformidades manifestadas por habitantes de la vereda La Soledad en relación con los impactos ambientales generados en la construcción de la hidroeléctrica, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS emitió Concepto Técnico de Seguimiento Ambiental n° SRN 0229 del 22 de mayo de 2013¹⁴¹, en el cual informó los hallazgos advertidos y recomendó que se solicitara a la beneficiaria de la licencia indicar la ubicación de una zona depósito y del trazado de la vía de acceso a la casa de máquinas, para determinar posibles afectaciones. Por lo demás, remitió el informe a la Secretaria General de la entidad para que tomara las medidas pertinentes.

Atendiendo lo señalado en el Informe Técnico n° 500-13-213 del 6 de mayo de 2013¹⁴², aclarado a través de Memorando n° 500-4647 del 26 de julio de 2013¹⁴³, proferidos por la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS, esta entidad expidió la Resolución n° 279 del 5 de agosto de 2013¹⁴⁴, con la cual modificó la licencia ambiental concedida en lo que respecta a la variación del esquema técnico del proyecto, por relocalización y especificaciones técnicas de los portales de entrada y salida del túnel, relocalización de la obra de captación y consecuentemente del azud y de los

¹³⁷ Páginas 342 a 347 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³⁸ Páginas 335 a 337 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹³⁹ Página 361 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴⁰ Páginas 340 y 341 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴¹ Páginas 22 a 31 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴² Páginas 289 a 334 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴³ Páginas 62 a 81 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴⁴ Páginas 30 a 47, 227 a 244 y 442 a 459 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 39 a 56 del archivo n° 006 y las páginas 32 a 49 del archivo n° 011 ibidem; así como con las páginas 83 a 100 del archivo n° 03 del cuaderno 002 ibidem.

desarenadores, variaciones en la conducción a flujo libre por túnel con nuevo alineamiento, modificación en las vías a construir y a rehabilitar para conducir a captación y descarga, reubicación de campamentos y talleres e inclusión de nuevas zonas de depósito.

La referida modificación implicó la variación en la concesión de aguas superficiales para derivar del río La Miel, en las coordenadas 884.326 E – 1.078.953 N, un caudal de hasta 5.6 m³/s, garantizando siempre un caudal ambiental de 1 m³/s, correspondiente al 23.25% del caudal medio multianual (4.3 m³/s) del río La Miel.

Consta que igualmente se concedió el derecho a usar un caudal de 16.94 l/s durante la etapa de construcción y operación, derivado de cinco corrientes sin nombre y del río La Miel.

Para verificar que se diera cumplimiento a los términos de concesión de aguas, se dispuso que se debían instalar medidores en cada una de las captaciones y efectuar aforos mensuales, los cuales se incluirían en los informes de cumplimiento ambiental (ICA)¹⁴⁵.

Se consignó en la resolución que la licencia ambiental incluía el permiso para ocupar los cauces de las corrientes interceptadas por las obras del proyecto, principalmente las vías de acceso, mediante la instalación de estructuras en sitios que se determinaron por sus coordenadas.

El acto de modificación de licencia consagró que durante la construcción y operación de las estructuras se efectuarían monitoreos periódicos, especialmente después de las épocas de lluvias, para asegurar su correcto funcionamiento y el flujo permanente de las corrientes.

Además de la modificación de la licencia ambiental concedida, la Resolución n° 279 del 5 de agosto de 2013 otorgó nueva licencia para instalar una línea de transmisión, la cual conllevaba la concesión de aguas superficiales para derivar del río La Miel, en las coordenadas 889.153 E – 1.081.404 N, un caudal de hasta 0.15 l/s para uso industrial y para actividades de construcción.

Previo a la expedición de la Resolución n° 279 del 5 de agosto de 2013 que modificó la licencia ambiental, se observa que el 11 de julio de 2013, funcionarios de CORPOCALDAS diligenciaron memorias de las reuniones

¹⁴⁵ En adelante, ICA.

informativas llevadas a cabo en la vereda La Soledad del corregimiento de Bolivia en relación con el seguimiento a la licencia ambiental¹⁴⁶.

e) Inicio de construcción del túnel de la hidroeléctrica

Según se extrae de los testimonios rendidos en este proceso¹⁴⁷, la Central Hidroeléctrica El Edén inició la construcción del túnel requerido para el proyecto hidroeléctrico en agosto de 2013, con posterioridad a la modificación de la licencia ambiental.

f) Segunda solicitud de modificación de la licencia ambiental y trámite de la misma. Intervención de la comunidad. Seguimiento de CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la hidroeléctrica

El 14 de mayo de 2013, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a CORPOCALDAS la modificación de la licencia ambiental concedida, en lo que respecta a la utilización de una nueva zona de depósito de material sobrante, esto es, el depósito 8 ubicado en el predio Villa Laura, a un lado de la vía La Soledad – El Higuerón, con coordenadas 888.700 E – 183.000 N, con un área de 6.400 m² y una capacidad de almacenamiento de 41.000 m³.

Con Auto n° 528 del 20 de septiembre de 2013¹⁴⁸, CORPOCALDAS inició el trámite de modificación de la licencia ambiental.

El 27 de septiembre de 2013, se allegó copia de la Resolución n° 236 del 12 de agosto de 2013¹⁴⁹, con la cual el Ministerio de Minas y Energía declaró de utilidad pública e interés social el proyecto hidroeléctrico El Edén, así como los terrenos necesarios para la construcción del mismo, determinados en 10 polígonos con sus correspondientes coordenadas.

El 12 de noviembre de 2013, funcionarios de CORPOCALDAS diligenciaron formato de la visita de seguimiento a la licencia ambiental¹⁵⁰.

El 19 de diciembre de 2013, el Grupo de Licencias Ambientales de

¹⁴⁶ Páginas 357 a 360 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴⁷ Así lo afirmaron los testigos Juan Pablo Ángel Pérez Página (minuto 00:25 a finalizar el segundo audio obrante en el archivo n° 026 del cuaderno 008 del expediente digital, y desde el inicio del tercer audio ibidem hasta el minuto 52:54) y Andrés Fernando Ramírez Baena (minuto 2:46 a 2:40:19 del tercer audio obrante en el archivo n° 005 del cuaderno 010 del expediente digital).

¹⁴⁸ Páginas 102 y 103 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁴⁹ Páginas 104 a 113 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital, en concordancia con las páginas 242 a 250 del archivo n° 04 del cuaderno 003 ibidem.

¹⁵⁰ Páginas 138 a 141 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

CORPOCALDAS emitió Concepto Técnico de Seguimiento Ambiental n° SRN 655¹⁵¹, con destino a la Subdirección de Recursos Naturales de dicha entidad, en el que concluyó que: **i)** en general, se estaba cumpliendo de manera satisfactoria con los programas para conservar y restaurar la estabilidad geotécnica de los taludes, manejo de taludes, plan integral de residuos sólidos, plan de manejo de disposición de materiales sobrantes de construcción, disposición de residuos líquidos y grasas entre otros; **ii)** se había realizado tratamiento de la corona del talud que ocasionó deslizamiento reportado; y **iii)** se estaba disponiendo de manera inadecuada el material pétreo sobre la ladera, generando procesos de inestabilidad y presión de carga, y afectando con ello un relicto de bosque natural secundario ubicado en la base de dicho talud.

El 14 de febrero de 2014, habitantes de la vereda La Soledad enviaron oficio a la Central Hidroeléctrica El Edén¹⁵², manifestando la presencia de grietas o fisuras en los predios cercanos a la vía de acceso a la vereda, por el continuo desplazamiento de vehículos de carga y tráfico pesado.

El 6 de marzo de 2014, funcionarios de CORPOCALDAS diligenciaron formato de la visita de seguimiento a la licencia ambiental¹⁵³.

De conformidad con la Resolución n° 236 del 12 de agosto de 2013 que declaró de utilidad pública e interés social algunos predios para el proyecto hidroeléctrico El Edén, y atendiendo lo señalado en el Informe Técnico n° 0603 del 13 de diciembre de 2013¹⁵⁴ de la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS que consideró viable la modificación solicitada, dicha entidad expidió la Resolución n° 146 del 22 de abril de 2014¹⁵⁵, con la cual modificó el artículo 5 de la Resolución n° 279 del 5 de agosto de 2013, en el sentido de autorizar a la Central Hidroeléctrica El Edén a disponer de los materiales sobrantes de las construcciones en sitios que se determinaron por sus coordenadas.

g) Denuncias por impactos ambientales supuestamente generados por el proyecto, particularmente por afectación de fuentes hídricas. Trámite de dichas denuncias

El 29 de abril de 2014, el señor Humberto González, habitante de la vereda

¹⁵¹ Páginas 155 a 181 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵² Páginas 350 a 353 del archivo n° 02 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵³ Páginas 205 a 207 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵⁴ Páginas 127 a 133 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵⁵ Páginas 49 a 51, 246 a 248 y 461 a 463 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 58 a 60 del archivo n° 006 y las páginas 51 a 53 del archivo n° 011 ibidem; así como con las páginas 292 a 294 del archivo n° 03 del cuaderno 002 ibidem.

La Costa, denunció ante CORPOCALDAS a través de oficio radicado en la citada fecha¹⁵⁶, afectación a fuente de agua ubicada en el sector La Balastrea, que beneficiaba a varias familias de dicha vereda.

El mismo 29 de abril de 2014 se elevaron ante CORPOCALDAS otras denuncias por habitantes de las veredas La Soledad y La Soledad Baja¹⁵⁷, referidas a contaminación y procesos erosivos por construcción en vía, así como varios hechos de afectación relacionados con el proyecto, sin que en ninguna de ellas se mencionara el tema de desabastecimiento de agua.

El 30 de abril de 2014, dos habitantes de la vereda La Soledad Alta, radicaron oficios ante CORPOCALDAS¹⁵⁸, en los cuales denunciaron desabastecimiento de agua por construcción de la hidroeléctrica.

Las denuncias recibidas por habitantes de las veredas La Soledad Alta y La Soledad Baja generaron que CORPOCALDAS realizara visita al sector, la cual quedó documentada en Informe Técnico n° 500-PENSILVANIA-021 del 2 de mayo de 2014¹⁵⁹, en el que se indicó que algunos usuarios de la fuente de agua en el sector de La Balastrea aseguraban que hacía 15 días habían notado disminución en el caudal, el cual presentaba fluctuaciones, pues en ocasiones comenzaba nuevamente a subir. Adicionalmente, se mencionó que un nacimiento con coordenadas 1.220.536 E y 1.082.624 N, en el que se había registrado la presencia de un individuo de *Rheobates palmatus* (Werner, 1899), rana endémica de Colombia, presentaba caudal seco, por lo que se requería realizar un plan de contingencia.

Con ocasión de la revisión de los informes de cumplimiento ambiental 5 y 6, de la realización de visita de campo el 8, 9 y 10 de abril de 2014, y de algunas quejas recibidas, mediante Oficio n° 500-5395 del 2 de mayo de 2014¹⁶⁰, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS requirió a la Central Hidroeléctrica El Edén para realizar una serie de actuaciones, dentro de las cuales se destacan: i) verificar la probable afectación de la captación de la cual se beneficiaba el señor José Nelson Rivera Rivera, indicando el estado actual de uso del recurso hídrico por parte de éste, así como la necesidad del establecimiento de medidas compensatorias; y ii) allegar cierta información detallada que permitiera no sólo explicar el alto caudal de infiltración advertido en el portal de entrada (captación) y en el portal de salida del túnel, sino también adoptar medidas preventivas y de mitigación

¹⁵⁶ Página 301 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵⁷ Páginas 302 y 303 a 306 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵⁸ Páginas 307 y 308 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁵⁹ Páginas 309 a 313 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁶⁰ Páginas 315 a 324 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

para evitar potenciales efectos no estimados sobre fuentes superficiales abastecedoras de acueductos veredales (La Costa, El Higuierón y La Soledad) y de predios individuales.

El 13 de mayo de 2014, algunos habitantes de la vereda La Soledad Baja del corregimiento de Bolivia denunciaron ante CORPOCALDAS¹⁶¹ el arrendamiento de terreno para depositar escombros.

El mismo 13 de mayo de 2014¹⁶², la Central Hidroeléctrica El Edén remitió a la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS un informe técnico ambiental y social sobre la infiltración de aguas al interior del túnel, así como los tratamientos de impermeabilización ante la posible disminución de caudal en fuentes superficiales.

Con oficios del 12 de junio de 2014¹⁶³, CORPOCALDAS respondió a quienes elevaron denuncia sobre las afectaciones asociadas a la construcción del proyecto; y a través de Oficio nº 500-7433 del 12 de junio de 2014¹⁶⁴, la Subdirección de Recursos Naturales de dicha entidad requirió a la Central Hidroeléctrica El Edén en atención a las citadas denuncias; frente a las cuales la empresa se pronunció el 7 de julio de 2014¹⁶⁵.

h) Suspensión preventiva de la construcción del túnel e inicio del primer proceso sancionatorio ambiental

Conforme se señaló anteriormente, entre el 29 de abril y el 13 de mayo de 2014, la comunidad puso en conocimiento de CORPOCALDAS varias denuncias relacionadas con: **i)** generación de procesos erosivos en predio de la vereda La Soledad Baja por construcción de la vía; **ii)** afectación de fuente de agua que beneficia a familias de la vereda La Costa en el sector de La Balastrea; **iii)** afectaciones por señalización en vías y protección de carga en vehículos, por contaminación atmosférica por falta de riego en vías, por contaminación fitoambiental en café, por maltrato hacia los habitantes de la vereda por parte de la empresa, por contaminación a fuentes de agua por la construcción del túnel, por trabajo en horas nocturnas, por alto tráfico de vehículos por la plaza de La Soledad, por problemáticas con menores de edad y empleados de la empresa, por contaminación de agua; **iv)** desabastecimiento de agua en perjuicio de los habitantes de la vereda Soledad Alta; **v)** salida de importantes caudales de agua por el túnel del

¹⁶¹ Páginas 429 y 430 del archivo nº 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁶² Páginas 325 a 349 del archivo nº 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁶³ Páginas 417 y 424 a 428 del archivo nº 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁶⁴ Páginas 421 a 423 del archivo nº 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁶⁵ Páginas 434 a 449 del archivo nº 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

portal salida que podrían incrementar las afectaciones sobre la quebrada La Balastrea; **vi)** lenta recuperación del caudal de la quebrada La Balastrea a pesar de las frecuentes lluvias; **vii)** pérdida de una nueva fuente de agua en predio La Siria de la vereda La Soledad; **viii)** contaminación de las corrientes de agua por residuos con cemento y otros químicos provenientes de la inyección en el túnel; y **ix)** incumplimiento de la reubicación de la vivienda para la conformación del depósito 6 en la finca Playa Rica de la vereda La Soledad.

Con ocasión de lo anterior, funcionarios de CORPOCALDAS realizaron recorridos de campo el 5, 6, 14 y 15 de mayo de 2014, encontrando lo que se describe a continuación en relación específicamente con el tema del supuesto desabastecimiento de agua¹⁶⁶:

1. Desabastecimiento de agua

- *Existe una amenaza latente sobre el recurso hídrico superficial y subterráneo presente en el área de influencia del túnel de conducción en construcción del Proyecto Hidroeléctrico El Edén, manifestada en los eventos de infiltración atípicos ocurridos en el frente de excavación del túnel (Portal Salida) y la disminución del caudal en la Microcuenca de la Quebrada La Balastrea; identificados durante las visitas de seguimiento efectuadas los días 30 de abril, 5, 6; 14 y 15 de mayo de 2014, y a partir de la información suministrada por la comunidad afectada y la firma constructora. Dicha amenaza se fundamenta en los siguientes aspectos principales:*
 - *La infiltración atípica de 70 l/s, presentada entre los días 28 y 29 de abril del año en curso en el frente del túnel, la cual se identificó a partir de la perforación de un sondeo exploratorio y generó la inundación parcial del túnel en construcción. Dicho valor sobrepasó en un 350% lo establecido en la licencia ambiental como caudal máximo de infiltración esperado en el túnel, luego de implementar los tratamientos preventivos establecidos en la licencia (20 l/s).*
 - *La disminución súbita de los caudales en la microcuenca de la Quebrada La Balastrea, coincidente en el tiempo con el primer evento de infiltración atípica descrito con anterioridad, e indicando una conectividad hidráulica entre la corriente mencionada y el túnel en construcción. Dicha situación generó una disminución promedio del 60% del caudal de la microcuenca en cuestión y una alta incertidumbre entre sus beneficiarios directos, ya que no es posible conocer con certeza lo que pueda*

¹⁶⁶ Páginas 105 a 107 del archivo nº 006 del cuaderno 001 del expediente digital.

sucedan con la continuación de la construcción del túnel y la recuperación esperada del caudal en la quebrada afectada.

- *La incertidumbre existente sobre los impactos ocasionados en los ecosistemas acuáticos presentes en la microcuenca de la Quebrada La Balastrea por la disminución súbita de los caudales en un promedio del 60%. Entre otras especies se destaca la presencia de la rana Rheobates palmatus (Werner, 1899), identificada el 30 de abril del año en curso, especie endémica de Colombia, la cual necesita de requerimientos ecológicos específicos y está asociada a fuentes de agua continuas.*
- *La pérdida del total del caudal de una fuente de agua superficial, afluente de la Quebrada La Balastrea, localizada en las coordenadas X: 888.207 Y: 1.082.124; la cual abastecían (sic) dos (2) predios ubicados en la vereda La Soledad Alta del municipio de Pensilvania (El Edén y Víctor Rodríguez), cuyos propietarios debieron trasladar sus captaciones a la corriente principal de la quebrada en mención. Conforme a los aforos efectuados los días 5, 6, 14 y 15 de mayo de 2014, el caudal establecido en la fuente de agua denominada 4 A fue de 0 l/s en todos los casos.*
- *El segundo evento de infiltración atípica identificada los días 14 y 15 de mayo de 2014, en el cual se presentó una infiltración de 56,0 l/s (4.838.400 litros/día) en el frente del túnel y variable entre 65 y 71 l/s en el Portal Salida del túnel; cuyas causas no se habían establecido para la fecha, ni las potenciales consecuencias o impactos generados sobre el sistema hídrico superficial y subterráneo (acuíferos) del área de influencia de dicha estructura en construcción. Dicho valor sobrepasó en un 350% lo establecido en la licencia ambiental como caudal máximo de infiltración esperado en el túnel, luego de implementar los tratamientos preventivos establecidos en la licencia (20 l/s).*
- *Preocupa el alto caudal de infiltración que se está presentando en el Portal Salida del túnel, sin considerar las infiltraciones atípicas, ya que para un tramo de túnel de 640 m construidos, se aforaron 9 l/s en el mes de abril de 2014 y 8.47 l/s en el mes de mayo del mismo año; lo cual es muy alto y no coincide con lo presupuestado por los gestores del proyecto para las infiltraciones promedio esperadas (3.3 l/s por cada kilómetro de túnel construido).*
- *Si bien el proyecto ha venido implementando medidas constructivas y de manejo ambiental para prevenir la ocurrencia de infiltraciones hacia el túnel que puedan generar impactos*

negativos sobre el recurso hídrico superficial, entre las cuales se destacan las perforaciones exploratorias, las evaluaciones geológicas, geotécnicas e hidrogeológicas periódicas, el tratamiento de las paredes del túnel (recubrimiento con cemento, inyecciones en concreto, sondeos de verificación, etc.) y el monitoreo periódico de las fuentes de aguas superficiales entre otras; los dos (2) sucesos de infiltraciones atípicas identificados y debidamente aforados durante las campañas de seguimiento realizadas en el mes de mayo del presente año, evidencian que existen falencias en los procedimientos implementados, las cuales no han permitido detectar de manera oportuna las potenciales infiltraciones y prevenir la afectación del recurso hídrico superficial.

- *Los sucesos antes mencionados, ameritan una revisión exhaustiva de las acciones que se vienen implementando para prevenir los impactos del proyecto hidroeléctrico sobre el recurso hídrico en general, lo cual está redundando en las comunidades localizadas en el área de influencia. Consecuentemente es de gran importancia determinar la efectividad de los sistemas de monitoreo y las medidas de impermeabilización que se vienen desarrollando para evitar la infiltración de las aguas superficiales en el túnel que se construye.*
- *Por lo tanto es importante replantear desde la viabilidad técnica, la continuación de las actividades de construcción del túnel en las condiciones actuales, es decir, implementando los mismos sistemas constructivos, al igual que las medidas tendientes a la prevención de impactos asociados a recurso hídrico; toda vez que es inminente el riesgo sobre la sostenibilidad de las fuentes de agua superficiales existentes en el área de influencia del túnel, como es el caso de la quebrada “La Balastrea”, la cual se encuentra en la zona más próxima al sitio de avance del túnel y beneficia en la actualidad 9 predios con sus habitantes. Igualmente debe considerarse que en la zona de influencia se encuentran las fuentes de agua que abastecen los acueductos de centros poblados como el Higuerón, La Soledad y Vereda la Costa, las cuales están próximas al alineamiento del túnel en construcción.*
- *Existe incertidumbre desde el punto de vista ambiental y social, especialmente de la comunidad del área de influencia del proyecto hidroeléctrico, sobre la incidencia en la calidad del recurso hídrico superficial y subterráneo por el incremento de las inyecciones de concreto con diferentes aditivos y acelerantes; las cuales son requeridas para el manejo de las contingencias surgidas a partir de los dos eventos de infiltraciones atípicas registrados. Así mismo, con respecto a los*

altos volúmenes de inyecciones implementadas, se desconoce el impacto sobre el flujo de aguas subterráneas y las implicaciones futuras sobre las aguas superficiales por las interceptaciones potenciales y/o probables de los flujos subterráneos con el taponamiento de diaclasas y fracturas en la roca que hacen parte del sistema hídrico en cuestión.

- *Las infiltraciones atípicas y las falencias en el método constructivo y en la implementación de las medidas de manejo establecidas para prevenir las infiltraciones relacionadas en el presente informe, evidenciadas por la ocurrencia de los eventos anómalos descritos (infiltraciones en el túnel y reducción del caudal en la Quebrada La Balastrella), introducen una alta incertidumbre si se continua (sic) con la construcción del túnel bajo las condiciones técnicas actuales; considerando además la presencia sobre el trazado proyectado de zonas geológica, geotécnica e hidrogeológicamente complejas por la presencia de estructuras (fallas, diaclasas) y contactos litológicos que podrían favorecer las infiltraciones y afectar zonas con presencia de abastecimientos de agua para las comunidades que habitan el sector.*

(...)

Con base en lo anterior, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS rindió Informe Técnico nº 500-13-116 del 30 de mayo de 2014¹⁶⁷, enviado a la Secretaría General de la misma entidad, y con el cual realizó las siguientes recomendaciones¹⁶⁸:

1. *Suspender de manera preventiva el avance en la construcción del túnel del Proyecto Hidroeléctrico El Edén, hasta tanto no se dé cumplimiento a los siguientes aspectos técnicos:*
 - *Presentar la evaluación geológica, geotécnica e hidrogeológica consolidada de los dos eventos atípicos de infiltración registrados en el frente de excavación del túnel (Portal Salida) y la disminución del caudal en la microcuenca de la Quebrada La Balastrella; así como la descripción de las medidas de manejo ambiental implementadas y la aplicación del Plan de Contingencias. Incluir en dicha evaluación la modelación el comportamiento del cono de abatimiento y su relación con el nivel freático y las infiltraciones en el túnel.*
 - *Presentar la evaluación técnica de los impactos ambientales generados sobre los componentes físico, biótico y socioeconómico, por la ocurrencia de los eventos atípicos de infiltración presentados en el frente de*

¹⁶⁷ Páginas 58 a 111 del archivo nº 006 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 366 a 414 del archivo nº 03 del cuaderno 002 ibidem, y con las páginas 3 a 51 del archivo nº 01 del cuaderno 004 ibidem.

¹⁶⁸ Páginas 109 a 111 del archivo nº 006 del cuaderno 001 del expediente digital.

excavación del túnel (Portal Salida) y la disminución del caudal en la microcuenca de la Quebrada La Balastrea.

- *Como resultado de las dos actividades anteriores, incorporar las modificaciones y/o complementaciones técnicas y de manejo ambiental requeridas para complementar la atención de las contingencias presentadas, y prevenir la ocurrencia de nuevos eventos atípicos de infiltración y afectación del recurso hídrico superficial; considerando la presencia en el área de influencia de comunidades que se abastecen de manera directa de dicho recurso para los usos humano doméstico y agropecuario.*
- *Implementar las obras requeridas al interior del túnel para impermeabilizar dicha estructura y reducir los caudales de infiltración a los valores acumulados establecidos en la Licencia Ambiental y promedio para cada kilómetro de excavación.*
- *Recuperación demostrada de los caudales asociados a la Quebrada La Balastrea, conforme a los registros históricos de los aforos, y considerando la importancia como fuente de abastecedora para usos humano doméstico y agropecuario.*

2. *Suspender de manera preventiva el avance en la construcción de la vía a la casa de máquinas del Proyecto Hidroeléctrico El Edén, hasta tanto no se dé cumplimiento a los siguientes aspectos técnicos:*

(...)

3. *Suspender de manera preventiva la conformación de la Zona de Depósito No. 6 (ZD 6) asociada a la construcción del túnel del proyecto Hidroeléctrico El Edén, hasta tanto no se dé cumplimiento a los siguientes aspectos técnicos:*

(...)

Atendiendo el citado Informe Técnico n° 500-13-116 del 30 de mayo de 2014, CORPOCALDAS profirió el Auto n° 1177 del 6 de junio de 2014¹⁶⁹, con el cual impuso a la Central Hidroeléctrica El Edén una medida preventiva consistente en la suspensión del avance en la construcción del túnel de conducción, del avance en la construcción de la vía a casa de máquinas y de la conformación de la zona de depósito 6 (ZD 6), hasta tanto no diera cumplimiento a una serie de aspectos técnicos. Igualmente, mediante dicho auto se inició proceso sancionatorio en contra de la sociedad mencionada¹⁷⁰, sin que a la fecha obre en el expediente la finalización del mismo. La autoridad ambiental comisionó a las Secretarías de Gobierno de los Municipios de Pensilvania, Marquetalia y Manzanares para que hicieran

¹⁶⁹ Página 170 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 87 a 102 del archivo n° 01 del cuaderno 004 ibidem.

¹⁷⁰ Archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

efectiva la medida impuesta.

Mediante oficio radicado el 19 de junio de 2014¹⁷¹, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a CORPOCALDAS realizar visita técnica de seguimiento, para corroborar que las anomalías detectadas en el informe técnico ya habían desaparecido y, por ello, no era necesario imponer medida preventiva alguna.

A través de oficio radicado el 7 de julio de 2014¹⁷², la Central Hidroeléctrica El Edén le manifestó a CORPOCALDAS que se daba por notificada por conducta concluyente del Auto n° 1177 del 6 de junio de 2014, y además que las obras y correctivos requeridos en el acto que impuso la medida preventiva, ya habían sido implementados, tal como se evidenciaba en informe anexo.

Mediante Auto n° 1323 del 8 de julio de 2014¹⁷³, CORPOCALDAS ordenó la realización de una visita técnica para verificar si las anomalías e incumplimientos a la normatividad ambiental evidenciados en el Informe Técnico n° 500-13-116 del 30 de mayo de 2014 habían sido superados en su totalidad, en orden a levantar la medida preventiva decretada en Auto n° 1177 del 6 de junio de 2014.

El 30 de julio de 2014¹⁷⁴, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió a la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS información hidrometeorológica actualizada del proyecto, indicando que los caudales de las quebradas en la zona de influencia del túnel de conducción del proyecto, incluida la quebrada La Balastrea, estaban presentando en el momento comportamientos similares a los históricos monitoreados en épocas de estiaje, producto del fuerte verano que se presenta en la zona desde hacía tres meses.

i) Levantamiento parcial de la medida cautelar impuesta

En seguimiento a la licencia ambiental otorgada y en el marco del proceso contravencional adelantado, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS elaboró Informe Técnico n° 188 del 13 de agosto de 2014¹⁷⁵, en el cual recomendó a la Secretaría General de la misma entidad, levantar

¹⁷¹ Páginas 117 y 118 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

¹⁷² Páginas 121 a 240 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

¹⁷³ Páginas 451 a 466 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital, en concordancia con las páginas 241 a 256 del archivo n° 01 del cuaderno 004 ibidem.

¹⁷⁴ Página 481 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁷⁵ Páginas 484 a 517 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital, en concordancia con las páginas 309 a 342 del archivo n° 01 del cuaderno 004 ibidem.

de manera parcial la medida preventiva consistente en la suspensión del avance en la construcción del túnel de conducción del proyecto hidroeléctrico El Edén. De dicho documento se extraen las siguientes conclusiones:

Teniendo en cuenta las diferentes situaciones y eventos relacionados con la infiltración de agua que se han presentado en la construcción del túnel del Proyecto Hidroeléctrico El Edén, tanto en el frente Portal Captación como en el frente Portal Salida, se puede concluir que las presuntas afectaciones podrían ser de mayor impacto sobre fuentes hídricas asociadas al Portal Salida del túnel, ya que en este (sic) se han presentado eventos con altas infiltraciones de agua, los cuales han alcanzado hasta 70 l/s.

En el Portal Entrada se han presentado eventos de infiltración de bajos caudales y los promedios de caudal infiltrado han estado dentro de los rangos de infiltración propuesto y aprobado dentro de la licencia ambiental expedida por Corpocaldas para dicho proyecto.

De acuerdo con lo anterior y bajo el principio de precaución en el tema asociado a la infiltración de agua en el túnel del Proyecto Hidroeléctrico El Edén, resulta técnicamente pertinente mantener la medida preventiva de suspensión de actividades constructivas en el frente del túnel Portal Salida, hasta que se dé cumplimiento pleno a los condicionantes establecidos en el auto 1177 de junio 06 de 2014.

Igualmente, resulta pertinente levantar la medida preventiva de suspensión en el avance del túnel Portal Entrada, la cual deberá estar supeditada a la remisión periódica de reportes técnicos que permitan evidenciar de manera oportuna la ocurrencia de posibles eventos de infiltración que se puedan presentar durante la construcción del túnel, teniendo en cuenta las características de la zona en la cual se continuará la construcción del mismo; como son: fallas geológicas, zona más densamente poblada, y la existencia de fuentes abastecedoras de acueductos veredales entre otros aspectos.

La preocupación fundamental que se ha generado en la comunidad de zona impactada por el proyecto está asociada a la lenta recuperación del caudal de la quebrada La Balastrea; preocupación que ha aumentado por los efectos que pueda tener la llegada del tiempo predominantemente seco asociado al Fenómeno del Niño.

(...)

- Persiste la afectación consistente en la reducción del caudal de la Quebrada La Balastrea, toda vez que se había establecido para el mes de mayo una disminución promedio del 60% del caudal, y en el documento técnico remitido no se sustenta técnicamente la diferenciación entre el impacto*

actual atribuible a la CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN S.A. E.S.P. y el período de verano que afecta el Departamento. Por el contrario, logra evidenciarse en los registros históricos de caudales totales (captados + remanente) de la Quebrada la Balastrea, comprendidos entre el 2011 y el 2014, como (sic) los caudales actuales son evidentemente inferiores a otros períodos de verano reportados. Adicionalmente, este hecho se configura en un riesgo de desabastecimiento de agua para los usuarios de esta fuente, la cual ya había sido previamente afectada por las infiltraciones hacia el túnel, antes de iniciar el período de verano, y no se había evidenciado su recuperación.

- *Persiste la afectación de la quebrada identificada en las campañas de aforo como Acta 4A, (drenaje sin nombre afluente de la Quebrada La Balastrea), en la cual se estableció nuevamente durante los aforos de esta visita, un caudal de 0.0 l/s (cauce seco).*
- *Se evidenció la contaminación de la fuente de agua receptora de las aguas residuales industriales provenientes del sistema de tratamiento existente en el Portal Salida, la cual consiste en una alta concentración de residuos sólidos de concretos y la conformación de depósitos de este tipo de sedimentos dentro del cauce y en las proximidades del sitio de descarga de dichas aguas.*

Con fundamento en lo anterior se recomendó:

- a) Levantar la medida preventiva consistente en la suspensión del avance en la construcción del túnel de conducción por el Portal Captación del Proyecto Hidroeléctrico El Edén. (...).*
- b) Mantener la medida preventiva consistente en la suspensión del avance en la construcción del túnel de conducción por el Portal Salida del Proyecto Hidroeléctrico El Edén hasta tanto no se respondan y verifiquen de manera satisfactoria los condicionantes establecidos en el Auto No. 1177 del 6 de junio de 2014 (...)*

Con fundamento en el anterior informe, CORPOCALDAS expidió el Auto n° 1585 del 25 de agosto de 2014¹⁷⁶, con el cual, de un lado, mantuvo la medida preventiva impuesta a la Central Hidroeléctrica El Edén, relativa a la suspensión de la construcción del túnel de conducción por el portal salida, hasta tanto diera respuesta de manera satisfactoria a los condicionantes establecidos en el Auto n° 1177 del 6 de junio de 2014; y de otro, levantó la medida consistente en la suspensión del avance en la construcción de la vía a casa de máquinas, del avance en la construcción del túnel de conducción, y de la conformación de la zona de depósito 6 (ZD 6). La autoridad ambiental comisionó a la Subdirección de Recursos Naturales de la misma entidad

¹⁷⁶ Páginas 350 a 381 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

para hacer efectiva la medida impuesta no levantada.

De la suspensión de actividades con ocasión del mantenimiento de la medida preventiva se suscribió acta el 29 de agosto de 2014¹⁷⁷.

j) Actividades realizadas por la Central Hidroeléctrica El Edén con posterioridad al levantamiento parcial de la medida cautelar impuesta

El 5 de septiembre de 2014¹⁷⁸, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a la Asociación de Usuarios de Servicios Colectivos de Bolivia (AUSCOLBOL)¹⁷⁹, vender agua potable en bloque para brindar apoyo a la comunidad de la vereda La Costa, debido a que el fenómeno del niño estaba impactando sus fuentes de abastecimiento de agua; petición a la que accedió dicha asociación según consta en oficio del 9 de septiembre de 2014¹⁸⁰.

Con oficio del 7 de octubre de 2014¹⁸¹, la Central Hidroeléctrica El Edén se pronunció en relación con la construcción del túnel y la suspensión de la licencia, precisando que todos los túneles tienen filtraciones de diferente magnitud; que para el caso concreto se realizaban tratamientos de impermeabilización; y que la disminución del caudal en La Balastreira estaba relacionada con la baja pluviosidad. Por lo anterior, solicitó que se autorizara la reiniciación del túnel con un ajuste al modelo hidrogeológico del proyecto, con la realización de obras tendientes a no permitir el flujo de agua en los tramos del túnel.

Mediante oficio del 24 de octubre de 2014¹⁸², la Central Hidroeléctrica El Edén le informó a CORPOCALDAS que instalaría piezómetros para monitoreo hidrogeológico que permitirían ajustar el modelo hidrogeológico y responder de manera satisfactoria los interrogantes que hasta ese momento no habían podido ser aclarados.

k) Nuevas denuncias por impactos supuestamente generados por el proyecto, incluyendo afectación de fuentes hídricas. Trámite dado a las mismas

Con posterioridad a la medida preventiva impuesta, el 14 de julio de 2014, habitantes de la vereda La Soledad del corregimiento de Bolivia enviaron

¹⁷⁷ Páginas 384 a 386 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

¹⁷⁸ Páginas 146 y 147 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

¹⁷⁹ En adelante, AUSCOLBOL.

¹⁸⁰ Páginas 158 y 159 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

¹⁸¹ Páginas 40 a 61 del archivo nº 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸² Páginas 74 a 84 del archivo nº 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

oficio a CORPOCALDAS¹⁸³ expresando su preocupación por disminución del caudal de la quebrada La Balastrea y, en consecuencia, solicitaron la realización de una visita.

El 19 de agosto de 2014, habitantes de la vereda La Soledad Baja del corregimiento de Bolivia informaron a CORPOCALDAS¹⁸⁴ que a raíz del proyecto hidroeléctrico, en la finca El Salado se había presentado una avalancha de piedra y lodo por corrientes de agua lluvia. Dicha situación fue objeto de pronunciamiento por parte de la autoridad ambiental a través de oficio del 13 de noviembre de 2014¹⁸⁵.

Consta en el expediente que con oficios del 21 de septiembre de 2014¹⁸⁶, del 9 de octubre de 2014¹⁸⁷, del 14 de noviembre de 2014¹⁸⁸, del 24 de noviembre de 2014¹⁸⁹, del 30 de diciembre de 2014¹⁹⁰, del 14 de enero de 2015¹⁹¹ y del 16 de enero de 2015¹⁹² y del 14 de mayo de 2015¹⁹³, CORPOCALDAS respondió a quienes elevaron denuncia sobre afectaciones asociadas a la construcción del proyecto, incluyendo la relativa a la afectación a fuentes hídricas.

El 24 de febrero de 2015, habitante del Municipio de Pensilvania solicitó a CORPOCALDAS informar los aforos de tres sitios de los cuales dio las coordenadas¹⁹⁴. Dicha petición fue atendida con oficio del 9 de marzo de 2015¹⁹⁵.

l) Inicio de estudio hidrogeológico conceptual y numérico realizado por la Central Hidroeléctrica El Edén

El 4 de noviembre de 2014, la firma HIDROGEOCOL S.A., contratada por la Central Hidroeléctrica El Edén, inició la realización de un modelo hidrogeológico conceptual y numérico en el área del túnel de conducción de la hidroeléctrica El Edén¹⁹⁶.

¹⁸³ Páginas 467 a 471 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸⁴ Página 526 del archivo n° 03 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸⁵ Páginas 97 a 100 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸⁶ Páginas 12 a 15 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸⁷ Página 63 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸⁸ Páginas 102 a 105 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁸⁹ Página 114 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹⁰ Páginas 186 a 191 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹¹ Páginas 194 a 199 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹² Páginas 220 a 231 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹³ Páginas 504 a 545 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹⁴ Página 318 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹⁵ Páginas 315 y 316 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹⁶ Páginas 1 a 107 del cuarto archivo visible en la tercera subcarpeta de la carpeta identificada como "CdFolio 648 C1_A" del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 55 a 383 del archivo n° 03 del cuaderno 003 ibidem y con las páginas 1 a 12 del archivo n° 04 ibidem.

m) Seguimiento de la licencia ambiental por parte de CORPOCALDAS

Con ocasión de la revisión del informe de cumplimiento ambiental de febrero a abril de 2014, y de la realización de visita de campo el 3, 4 y 5 de septiembre de 2014, mediante Oficio n° 500-13443 del 4 de noviembre de 2014¹⁹⁷, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS emitió una serie de recomendaciones que la Central Hidroeléctrica El Edén debía tener en cuenta en el menor tiempo posible, dentro de las cuales se destacan las relativas al plan de contingencia para el abastecimiento de agua a los predios afectados por la reducción del caudal de la quebrada La Balastreira.

El 18 de noviembre de 2014, habitantes de la vereda La Miel remitieron memorial a CORPOCALDAS¹⁹⁸, indicando que con ocasión de la construcción del proyecto no habían tenido ningún daño moral, social ni ecológico, sino que se encontraban satisfechos de que una obra tan importante se realizara en sus tierras.

El 29 de noviembre de 2014, el Grupo de Licencias Ambientales de CORPOCALDAS elaboró Concepto Técnico de Seguimiento Ambiental n° SRN 366¹⁹⁹, con destino a la Subdirección de Recursos Naturales de dicha entidad, en el cual se dejó constancia de: **i)** la disminución del caudal de infiltración para el portal entrada y el aumento para el portal salida; **ii)** la reducción drástica del caudal de aguas superficiales en algunos puntos de la quebrada La Balastreira, en un nacimiento en la vereda La Costa, y en un punto en quebrada de la vereda La Soledad; **iii)** la estabilidad en el comportamiento del valor de los caudales aforados en un predio de La Siria y en la vereda La Costa; **iv)** la recuperación de los caudales aforados en los puntos de un predio de La Siria y en un caudal que abastece un sector de La Costa; **v)** el cumplimiento parcial del Plan de Manejo Ambiental; **vi)** la realización de las adecuaciones e instalaciones pertinentes para el abastecimiento del agua con las personas que han aceptado tomar la medida; **vii)** la activación e implementación inoportuna del plan de contingencia para atender a las personas de la comunidad que se han visto afectadas por la reducción total del caudal de la quebrada La Balastreira, en el entendimiento que el proceso de información a la comunidad afectada no ha sido precisa, clara y veraz; **viii)** la no atención definitiva de algunas afectaciones generadas en la finca El Salado, propiedad del señor Jairo Arias; y **ix)** el incumplimiento de los proyectos de información y participación

¹⁹⁷ Páginas 89 a 93 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹⁸ Páginas 110 y 111 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

¹⁹⁹ Páginas 170 a 213 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 117 a 160 del archivo n° 04 del cuaderno 002 ibidem y las páginas 390 a 433 del archivo n° 01 del cuaderno 004 ibidem.

comunitaria e institucional, de fortalecimiento a la gestión pública y de afectación a terceros, por ausencia de soportes, acciones o actividades que permitan verificar las actividades enmarcadas en tales proyectos.

Con base en lo anterior, el Grupo de Licencias Ambientales de CORPOCALDAS emitió una serie de recomendaciones.

En relación con el seguimiento a la licencia ambiental otorgada, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS elaboró Informe Técnico n° 428 del 22 de diciembre de 2014²⁰⁰, en el cual recomendó levantar la medida preventiva de suspensión del avance en la construcción del túnel de conducción por el portal salida del proyecto hidroeléctrico, imponiendo a la Central Hidroeléctrica El Edén la carga de presentar informes técnicos cada tres días. Lo anterior, como quiera que las conclusiones generales del informe del modelo hidrogeológico conceptual iniciado apuntaban a que los eventos atípicos de infiltración en el portal salida del túnel no tenían relación alguna con la disminución del caudal de la quebrada la Balastrea ni con otras corrientes de la parte superficial del terreno.

Sin perjuicio de lo anterior, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS realizó recomendaciones para la Central Hidroeléctrica El Edén.

n) Levantamiento de medida cautelar

Con Auto n° 2167 del 26 de diciembre de 2014²⁰¹, la Secretaría General de CORPOCALDAS levantó la medida preventiva relativa a la suspensión del avance en la construcción del túnel de conducción en el portal salida del proyecto hidroeléctrico, y ordenó a la Central Hidroeléctrica El Edén dar estricto cumplimiento a las obligaciones ambientales consignadas en el plan de manejo ambiental de la licencia otorgada y, adicionalmente, realizar determinadas actividades.

o) Seguimiento hecho por CORPOCALDAS a la licencia ambiental y cumplimiento de requerimientos por parte de la central hidroeléctrica

A través de Oficio n° 500-1217 del 16 de febrero de 2015²⁰², la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS requirió a la Central Hidroeléctrica El Edén para que informara sobre las actividades realizadas

²⁰⁰ Páginas 174 a 185 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital, en concordancia con las páginas 436 a 448 del archivo n° 01 del cuaderno 004 ibidem.

²⁰¹ Páginas 449 a 486 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁰² Páginas 249 a 252 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

en atención a lo dispuesto en Auto n° 2167 del 26 de diciembre de 2014 que levantó la medida preventiva.

El 17 de febrero de 2015, contratistas del Grupo de Licencias Ambientales de CORPOCALDAS rindieron Concepto Técnico de Seguimiento Ambiental n° 071²⁰³, en el cual informaron sobre: **i)** la reducción de los caudales de infiltración para el portal salida del túnel; **ii)** la recuperación del caudal de aguas superficiales en algunos puntos conforme a los aforos realizados en septiembre y noviembre de 2014; y **iii)** la reducción de caudales en determinados puntos. Por lo anterior, concluyeron que la empresa estaba dando cumplimiento parcial al plan de manejo ambiental.

A través de oficio del 27 de febrero de 2015²⁰⁴, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió a CORPOCALDAS informe dando respuesta a los requerimientos exigidos en Auto n° 2167 del 26 de diciembre de 2014.

p) Tercera solicitud de modificación de la licencia ambiental

El 31 de marzo de 2015, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a CORPOCALDAS la modificación de la licencia ambiental concedida, en el sentido de ajustar el valor máximo de caudal de infiltración del túnel de conducción del proyecto a 80 l/s, y de retirar de la licencia ambiental del proyecto la zona de depósito 2 ubicada en la vía La Quebra – Bolivia²⁰⁵.

q) Seguimiento hecho por CORPOCALDAS a la licencia ambiental y cumplimiento de requerimientos por parte de la central hidroeléctrica

Mediante Memorando n° 500-2004 del 6 de abril de 2015²⁰⁶, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS emitió concepto a Secretaría General de dicha entidad, en relación con el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Auto n° 2167 del 26 de diciembre de 2014, concluyendo que el modelo hidrogeológico realizado para la zona del proyecto hidroeléctrico, con énfasis en la quebrada La Balastrea, debía ser ajustado regularmente con los datos de fuentes primarias que se pudieran obtener directamente en campo, lo que a su vez requería una constante revisión para obtener la información necesaria para el entendimiento del comportamiento hidrogeológico de la zona.

²⁰³ Páginas 255 a 299 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁰⁴ Página 490 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁰⁵ Páginas 360 a 433 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁰⁶ Páginas 493 a 506 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

A través de Informe Técnico n° 289 del 29 de abril de 2015²⁰⁷, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS concluyó que la Central Hidroeléctrica El Edén cumplía parcialmente el plan de manejo ambiental, por lo cual era necesario emitir algunas recomendaciones técnicas encaminadas a mejorar la gestión ambiental del proyecto.

Tales recomendaciones fueron puestas en conocimiento de la Central Hidroeléctrica El Edén a través de Oficio n° 500-3977 del 29 de abril de 2015²⁰⁸.

Con Oficio n° 500-5324 del 29 de mayo de 2015²⁰⁹, CORPOCALDAS requirió a la Central Hidroeléctrica El Edén el plan de acción del proyecto hidroeléctrico para dar solución a las infiltraciones ocurridas en el túnel por el portal entrada, para dar claridad frente al evento de desabastecimiento ocurrido en la quebrada Patio Bonito y dar cumplimiento al plan de contingencia enmarcado en la licencia ambiental; solicitud que fue atendida por la empresa el 9 de junio de 2015²¹⁰.

r) Segundo proceso sancionatorio ambiental

Según consta en el expediente²¹¹, CORPOCALDAS inició un segundo proceso sancionatorio ambiental contra la Central Hidroeléctrica El Edén, con ocasión del Informe Técnico n° 289 del 29 de abril de 2015, en el que se evidenció una afectación ambiental asociada a la zona de depósito 6, generada por la ausencia de obras de conducción de aguas lluvias, lo cual produjo inestabilidad del terreno, flujos de material y daños a vegetación en zona aledaña y sedimentación de drenaje.

En efecto, con Resolución n° 259 del 4 de junio de 2015²¹², CORPOCALDAS ordenó la apertura de investigación ambiental contra la Central Hidroeléctrica El Edén.

Con Auto n° 1012 del 16 de diciembre de 2016²¹³, CORPOCALDAS solicitó a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental, la emisión de un concepto técnico, para verificar, de un lado, el estado actual de los programas respecto de los cuales se detectaron algunas inconsistencias,

²⁰⁷ Páginas 249 a 497 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁰⁸ Páginas 498 a 503 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁰⁹ Páginas 548 y 549 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

²¹⁰ Páginas 550 a 571 del archivo n° 04 del cuaderno 002 del expediente digital.

²¹¹ Páginas 202 a 457 del archivo n° 010 del cuaderno 001 del expediente digital.

²¹² Páginas 61 a 67 del archivo obrante en la subcarpeta denominada "Requerimiento 11", contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²¹³ Páginas 854 y 855 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

indicando cómo se encontraban y si la situación había sido subsanada, y de otro, el estado actual del proyecto, determinando, en caso de encontrar incumplimiento del marco normativo, la existencia de afectación y/o riesgo ambiental.

La Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS rindió Informe Técnico nº 500-177 del 9 de marzo de 2017²¹⁴, con destino a la Secretaría General de la entidad, en relación con el resultado de la visita técnica realizada el 7, 8 y 9 de febrero de 2017, indicando que la afectación ambiental identificada en la zona de depósito 6, se encontraba subsanada por cuanto se habían construido obras de manejo de aguas lluvias.

Por Auto nº 2017-2711 del 17 de julio de 2016²¹⁵, CORPOCALDAS ordenó la práctica de una visita técnica y la emisión del respectivo concepto.

La Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS rindió Informe Técnico nº 500-912 del 10 de octubre de 2017²¹⁶, con el cual concluyó que las obras de manejo de aguas lluvias construidas en la zona de depósito 6, habían mitigado de manera efectiva el riesgo de generación de procesos de inestabilidad en el área afectada.

Mediante Auto nº 2018-0294 del 31 de enero de 2018²¹⁷, CORPOCALDAS formuló cargos contra la Central Hidroeléctrica El Edén.

El 2 de enero de 2019, la Central Hidroeléctrica El Edén rindió los respectivos descargos²¹⁸.

A través de Resolución nº 0488 del 5 de febrero de 2019²¹⁹, CORPOCALDAS declaró que la Central Hidroeléctrica El Edén no era responsable del cargo formulado en su contra, indicando que se realizó visita técnica durante los días 7, 8 y 9 de febrero de 2017, encontrando que la afectación ambiental había sido superada, lo cual fue corroborado en Informe Técnico nº 500-912

²¹⁴ Páginas 76 a 81 del archivo obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 11”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²¹⁵ Páginas 82 a 92 del archivo obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 11”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²¹⁶ Páginas 97 a 105 del archivo obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 11”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²¹⁷ Páginas 107 a 117 del archivo obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 11”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²¹⁸ Páginas 137 a 313 del archivo obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 11”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²¹⁹ Páginas 251 a 266 del archivo nº 009 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 441 a 456 del archivo nº 010 ibidem.

del 10 de octubre de 2017.

s) Presentación de acción popular

Posterior a la tercera solicitud de modificación de la licencia ambiental y de manera coetánea al seguimiento realizado por CORPOCALDAS, algunos ciudadanos promovieron acción popular el 29 de abril de 2015 contra CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica El Edén, por la supuesta vulneración de los derechos colectivos al medio ambiente sano, a la moralidad administrativa, al agua, a la protección de los recursos agropecuarios y a la seguridad alimentaria²²⁰, con ocasión de la realización del proyecto hidroeléctrico en el corregimiento de Bolivia, aduciendo que se estaban afectando fuentes hídricas y generando otro tipo de impactos ambientales.

El conocimiento de dicho proceso correspondió por reparto al Magistrado Carlos Manuel Zapata Jaimes de este Tribunal Administrativo de Caldas, el cual profirió auto el 28 de mayo de 2015²²¹, con el que admitió la acción popular y decretó como medida cautelar la de suspender la orden de la Secretaría General de CORPOCALDAS de difundir entre la comunidad la información relacionada con el estudio hidrogeológico presentado por la hidroeléctrica.

Mediante Resolución nº 0518 del 21 de septiembre de 2015²²², CORPOCALDAS acató la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Caldas.

Conviene señalar que en el marco de dicho proceso, se profirió sentencia de primera instancia el 29 de noviembre de 2018²²³, con la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por considerar que no existía prueba de que con la construcción de la hidroeléctrica El Edén afectara afluentes de agua de la zona de influencia, sin perjuicio de lo cual se constató que la empresa beneficiaria de la licencia implementó un plan de contingencia para minimizar cualquier afectación del recurso hídrico.

²²⁰ Carpeta contentiva del expediente de la acción popular obrante en el cuaderno 007 del expediente digital.

²²¹ Páginas 560 a 565 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²²² Páginas 566 a 571 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²²³ Páginas 9 a 56 del archivo nº 108 de la carpeta contentiva del expediente de la acción popular obrante en el cuaderno 007 del expediente digital.

t) Actividades realizadas por la Central Hidroeléctrica El Edén en el marco del plan de contingencia

Obra en el expediente Plan de Contingencia de Acueductos Veredales elaborado por la Central Hidroeléctrica El Edén, en el cual se informa sobre las veredas que se encuentran en el área de influencia del proyecto y en relación con los planes adelantados para suministro de agua por posible desabastecimiento²²⁴.

El 1º de junio de 2015²²⁵, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a AUSCOLBOL incluir a la empresa como usuario o suscriptor del servicio de acueducto en el sector de La Soledad²²⁶ y de Patio Bonito²²⁷; petición que fue negada mediante oficio del 16 de junio de 2015²²⁸, hasta que se mejorara la red de acueducto.

El 3 de junio de 2015²²⁹, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a AUSCOLBOL el suministro de agua potable del acueducto del corregimiento de Bolivia en la vereda Patio Bonito. Dicha solicitud fue negada. Contra tal decisión, la sociedad interpuso recurso de reposición y solicitó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios intervenir ante AUSCOLBOL para aceptar la solicitud. Finalmente, dicha asociación aceptó y suscribieron el respectivo acuerdo.

El 18 de junio de 2015²³⁰, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó autorización al alcalde del Municipio de Pensilvania para la instalación de un macromedidor en la vía pública que conduce a La Soledad, con el fin que AUSCOLBOL incluyera a la empresa como usuario o suscriptor.

El 23 de junio de 2015²³¹, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó al alcalde del Municipio de Pensilvania que otorgara permisos de construcción de la nueva red de acueducto que abastecería con agua potable las veredas Patio Bonito y La Costa.

Con Oficio nº S.J. 114-2015 del 4 de julio de 2015²³², el alcalde del Municipio de Pensilvania concedió permiso a la Central Hidroeléctrica El Edén para la

²²⁴ Páginas 177 a 182 del archivo nº 02 del cuaderno 003 del expediente digital.

²²⁵ Páginas 150 y 151 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²²⁶ Páginas 150 y 151 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²²⁷ Páginas 231 y 232 del archivo nº 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²²⁸ Páginas 233 y 234 del archivo nº 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²²⁹ Archivos visibles en la primera subcarpeta de la carpeta denominada "CdFolio 1621 C1_D", obrante en el cuaderno 001 del expediente digital.

²³⁰ Página 152 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²³¹ Páginas 153 a 155 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²³² Página 320 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

construcción de una nueva red de acueducto del corregimiento de Bolivia, en desarrollo del plan de contingencia para el desabastecimiento de agua que pudiera presentar la comunidad durante la construcción del proyecto.

- u) Intervenciones realizadas por la comunidad y por otras autoridades. Seguimiento ambiental adelantado por CORPOCALDAS y respuesta a los requerimientos por parte de la central hidroeléctrica

A través de Oficio n° 500-5526 del 10 de junio de 2015²³³, en respuesta a petición elevada por la personera municipal de Pensilvania en relación con los supuestos daños ambientales generados por la construcción de la hidroeléctrica El Edén²³⁴, CORPOCALDAS indicó que en el sector de Patio Bonito se presentaba para ese momento una afectación al recurso hídrico en una de sus fuentes superficiales, debido al descenso drástico de caudal, alcanzando la pérdida total del mismo, lo cual había sido evidenciado directamente en visita realizada a la zona, lo que había dado lugar a que la autoridad ambiental requiriera a la beneficiaria de la licencia la presentación de un plan de acción en el que se incluyeran las etapas de conocimiento, mitigación y contingencia con su respectivo cronograma de ejecución.

Mediante Oficio n° 500-6113 del 23 de junio de 2015²³⁵, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS solicitó a la Central Hidroeléctrica El Edén, complementar el plan de acción presentado para atender la situación actual que se presentaba en la Vereda Patio Bonito, por la pérdida total del caudal de una de las fuentes hídricas de la zona.

El 24 de julio de 2015, habitantes del corregimiento de Bolivia radicaron oficio ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible²³⁶, solicitando su intervención para solucionar la problemática relacionada con el desabastecimiento de agua, mencionando que la empresa en la actualidad les suministraba el agua en tanques para suplir sus necesidades básicas, lo que no era óbice para preguntarse qué pasaría a mediano o largo plazo con la calidad del suelo y sus usos. Dicha petición fue trasladada a CORPOCALDAS por ser la autoridad ambiental competente.

Con oficios del 13 de julio de 2015²³⁷ y del 14 de julio de 2015²³⁸, la Central

²³³ Páginas 222 y 223 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital.

²³⁴ Página 221 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital.

²³⁵ Archivo n° 4 obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 4”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²³⁶ Páginas 594 y 595 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²³⁷ Archivo n° 2 obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 4”, contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²³⁸ Archivo n° 3 obrante en la subcarpeta denominada “Requerimiento 4”, contenida en la carpeta 002

Hidroeléctrica El Edén remitió a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS, informe y anexos en relación con el avance y complementación del plan de acción del proyecto hidroeléctrico.

- v) Inicio del trámite de la tercera solicitud de modificación de la licencia ambiental. Intervención de la comunidad. Seguimiento ambiental realizado por CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la central hidroeléctrica

Con Auto nº 348 del 13 de julio de 2015²³⁹, CORPOCALDAS inició el trámite de modificación de la licencia ambiental.

A través de Memorando nº 500-4723 del 3 de agosto de 2015²⁴⁰, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS remitió monitoreo de caudales de la quebrada La Balastrea.

El 12 de agosto de 2015, algunos ciudadanos solicitaron a CORPOCALDAS la realización de una audiencia pública ambiental antes de expedir el acto que resolvería sobre la modificación de la licencia ambiental concedida a la Central Hidroeléctrica El Edén, con ocasión del secamiento de manantiales de agua de los cuales se abastecían las familias campesinas aledañas al proyecto²⁴¹.

El mismo 12 de agosto de 2015, la Defensora del Pueblo solicitó a CORPOCALDAS responder oportunamente la petición elevada en una ocasión anterior, máxime si se seguían recibiendo quejas por desabastecimiento de fuentes hídricas²⁴².

Con oficio nº 500-8660 del 24 de agosto de 2015²⁴³, CORPOCALDAS respondió a la Defensora del Pueblo, indicándole que ya había dado respuesta mediante oficio del 29 de julio de 2015.

El 18 de agosto de 2015, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible remitió a CORPOCALDAS queja elevada por habitante del corregimiento de

del cuaderno 007 del expediente digital.

²³⁹ Páginas 53 a 55 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 189 a 191 del archivo nº 05 del cuaderno 002 ibidem.

²⁴⁰ Páginas 863 a 865 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁴¹ Páginas 56 a 70 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 194 a 208 del archivo nº 05 del cuaderno 002 ibidem.

²⁴² Páginas 528 y 529 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁴³ Páginas 530 y 531 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

Bolivia²⁴⁴; la cual fue resuelta mediante Oficio n° 500-9170 del 2 de septiembre de 2015²⁴⁵.

Consta en el expediente cuentas de cobro expedidas por la Central Hidroeléctrica El Edén desde el 25 de agosto de 2015, en las que relaciona las sumas adeudadas a la Asociación de Usuarios de Servicios Colectivos de Bolivia por agua para abastecimiento de familias en veredas²⁴⁶.

El 4 de septiembre de 2015, la comunidad del corregimiento de Bolivia elevó petición al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible²⁴⁷, en relación con el desabastecimiento del agua por la construcción de la hidroeléctrica.

Por Resolución n° 463 del 15 de septiembre de 2015²⁴⁸, CORPOCALDAS adoptó medidas en la administración de los recursos naturales como consecuencia del fenómeno del niño, sobre cuya intensidad obra Comunicado n° 09 del 8 de septiembre de 2015 expedido por el Comité Técnico Nacional para el Estudio Regional del Fenómeno del Niño²⁴⁹.

El 29 de septiembre de 2015²⁵⁰, habitantes del corregimiento de Bolivia radicaron en CORPOCALDAS copia de la solicitud hecha ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible²⁵¹ por la problemática socio ambiental en la zona a raíz del proyecto hidroeléctrico. Se aseguró que en el Edén se habían desabastecido totalmente la quebrada La Balastrea y varias fuentes de agua que suministraban el recurso hídrico para el consumo doméstico y para el riesgo y producción de cultivos, lavado y secado de café y otras utilidades como las pecuarias. Adicionalmente, se expuso que existían otras afectaciones como el deterioro de las vías y de casas cercanas por el tránsito de vehículos y maquinaria pesada.

Con oficio del 13 de octubre de 2015²⁵², CORPOCALDAS respondió petición sobre las afectaciones asociadas a la construcción del proyecto.

A través de oficio del 8 de octubre de 2015²⁵³, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió al director general de CORPOCALDAS un registro de situaciones críticas expuestas por la comunidad, con la solución a las mismas

²⁴⁴ Páginas 592 a 595 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁴⁵ Páginas 600 y 601 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁴⁶ Páginas 5 a 10 del archivo n° 04 del cuaderno 003 del expediente digital.

²⁴⁷ Páginas 216 a 220 del archivo n° 002 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁴⁸ Páginas 321 a 326 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁴⁹ Páginas 352 a 357 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²⁵⁰ Página 632 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁵¹ Páginas 633 a 637 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁵² Página 652 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁵³ Páginas 638 a 649 del archivo n° 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

adelantadas por la empresa. Se observa que dentro de las quejas presentadas por los habitantes del sector aledaño a la hidroeléctrica, se encuentran las de: desabastecimiento de las quebradas La Balastrea, la Siria y La Costa, daño a viviendas, daños a infraestructura vial, sequía general y afectación de predio. Consta igualmente que como parte de las soluciones a la problemática expuesta, la sociedad dispuso: tanques de 5.000 litros para abastecimiento mediante mangueras y carro tanque, construcción de un nuevo sistema de acueducto para la vereda La Soledad, hacer usuarios del acueducto La Soledad a los afectados, implementar el sistema de conducción hasta cada una de las viviendas y algunas zonas de aprovechamiento agropecuario, cambio de la red de acueducto que sale del corregimiento de Bolivia hasta Patio Bonito, conexión de las familias desabastecidas como usuarios de dicho acueducto, cubrir el 100% del consumo durante 50 años, arreglo de aceras y de algunas viviendas con grietas en las paredes y mantenimiento de vías.

El 22 de octubre de 2015²⁵⁴, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió al subdirector de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS, información sobre el control de infiltraciones en el túnel.

w) Conclusiones del estudio hidrogeológico conceptual y numérico realizado por la Central Hidroeléctrica El Edén

Como se indicó, la Central Hidroeléctrica El Edén contrató con la empresa HIDROGEOCOL la realización de un modelo hidrogeológico conceptual y numérico en el área del túnel de conducción de la hidroeléctrica El Edén, del cual se presentó informe final en septiembre de 2015²⁵⁵, concluyendo lo siguiente:

(...)

- *La precipitación en el área es de tipo bimodal con períodos lluviosos de Abril a Junio y de Septiembre a Noviembre, alcanzando hasta los 2200 mm/año para el año 2014. Tanto el caudal de los manantiales como el flujo base de las corrientes superficiales ubicadas dentro del área de estudio, están asociados al almacenamiento de los acuíferos conformados por los depósitos Coluviales y de Ceniza Volcánica que ocurren a lo largo de la divisoria de aguas del área y fluctúan intensamente entre los períodos de lluvia y seco, como también por el aporte de agua a partir de fracturas en las rocas metamórficas del Grupo Cajamarca.*

²⁵⁴ Páginas 656 a 679 del archivo nº 05 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁵⁵ Páginas 1 a 107 del cuarto archivo visible en la tercera subcarpeta de la carpeta identificada como "CdFolio 648 C1_A" del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 55 a 383 del archivo nº 03 del cuaderno 003 ibidem y con las páginas 1 a 12 del archivo nº 04 ibidem.

- *El comportamiento del caudal de los manantiales y de las quebradas ubicadas dentro del área de estudio fluctúan específicamente en los periodos de fuerte pluviosidad, evidenciándose una correlación directamente proporcional entre la precipitación y la variación del caudal de los mencionados puntos de agua, específicamente en los regímenes establecidos.*
- (...)
- *Respecto a la correspondencia entre las aguas del Portal de Entrada con las aguas de la Quebrada Patio Bonito, se observa que no se encuentran relacionadas, al hallarse la primera isotópicamente empobrecida y la segunda más enriquecida, por ubicarse a diferente altitud topográfica. Por las mismas razones, tampoco existe relación entre el agua de la Quebrada 17 y la muestreada en el Portal de Salida. Se concluye que estas cuatro (4) muestras tienen su origen en puntos de precipitación distintos, ya que ninguna de ellas ha sufrido procesos de evaporación secundaria.*
- *Considerando que el agua de la muestra Portal de Entrada, es más empobrecida que la de Quebrada Patio Bonito, se puede colegir que la construcción del túnel no está relacionada con el cambio anteriormente anotado*
- (...)
- *El ingreso de agua al túnel se da principalmente por el sistema de fallas que es atravesado durante la construcción y por la intersección de posibles almacenamientos aislados (bolsones) de agua dentro de los esquistos, los cuales generan irrupciones súbitas de agua al túnel, pero los cuales no tienen ninguna relación con el las (sic) corrientes superficiales.*
- (...)
- *La desaparición del caudal en la parte alta de la Quebrada Patio Bonito situada en cercanías al Frente de Avance del Túnel en el Portal de Entrada, de acuerdo a los resultados del estudio hidrogeoquímico e isotópico, no tiene relación con las surgencias que ocurren en éste (sic) Frente de Avance. La disminución del caudal de la citada quebrada en un lapso de tiempo de veinte (20) días, desde 7.0 hasta 0.0 l/s, está relacionado con el descenso del nivel del agua almacenada en el Acuífero Depósito de Ceniza Volcánica que la alimenta, debido al prolongado período de sequía que afecta al área por el Fenómeno del Niño.*

x) Continuación del trámite de la tercera solicitud de modificación de la licencia ambiental

En Informe Técnico nº 537 del 2 de diciembre de 2015²⁵⁶, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS indicó que para esa fecha no era procedente resolver sobre la modificación solicitada, teniendo en cuenta que aún no se alcanzaban los niveles de caudales de infiltración autorizados en la licencia ambiental (17 l/s) y, además, no se había efectuado la audiencia pública solicitada por la comunidad del área de influencia del proyecto.

y) Seguimiento de la licencia ambiental por parte de CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por la Central Hidroeléctrica El Edén

En el mismo Informe Técnico nº 537 del 2 de diciembre de 2015²⁵⁷, y en relación con el seguimiento a la licencia ambiental otorgada, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS concluyó que la Central Hidroeléctrica El Edén cumplía parcialmente el plan de manejo ambiental, por lo cual era necesario emitir algunas recomendaciones técnicas encaminadas a mejorar la gestión ambiental del proyecto, dentro de las cuales se encontraba la de suspender temporalmente el avance de excavación en el túnel por su portal salida, ya que es en ese lugar en donde se presentaba un aporte mayor de aguas de infiltración, evidenciadas y reportadas en las diferentes visitas de seguimiento; sin perjuicio de continuar con las labores de impermeabilización y disminución de niveles de infiltración al interior del túnel portal entrada.

Por Auto nº 623 del 3 de diciembre de 2015²⁵⁸, la Secretaría General de CORPOCALDAS solicitó a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental que enumerara qué estudios, complementos o ajustes de carácter hidrogeológico, aparte de los ya obrantes en el proceso sancionatorio, o de otra índole, habían sido allegados por la Central Hidroeléctrica el Edén a la autoridad ambiental, y cuáles de éstos hacían parte integral del modelo hidrogeológico de la quebrada La Balastrea y cuáles no.

Con Oficio nº 500-14056 del 10 de diciembre de 2015²⁵⁹, la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS le informó a la Central Hidroeléctrica El Edén las recomendaciones que debía atender conforme a lo advertido en visitas del 26 y 28 de agosto, 21 y 22 de septiembre, 3 y 4 de

²⁵⁶ Páginas 4 a 65 del archivo nº 06 del cuaderno 002 del expediente digital, en concordancia con las páginas 619 a 680 del archivo nº 01 del cuaderno 004 ibidem.

²⁵⁷ Páginas 4 a 65 del archivo nº 06 del cuaderno 002 del expediente digital, en concordancia con las páginas 619 a 680 del archivo nº 01 del cuaderno 004 ibidem.

²⁵⁸ Páginas 591 a 603 del archivo nº 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁵⁹ Páginas 72 a 76 del archivo nº 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

noviembre de 2015.

El 16 de diciembre de 2015²⁶⁰, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS complementación de la información en relación con el control de infiltraciones en el túnel del proyecto.

El 22 de diciembre de 2015, la Central Hidroeléctrica El Edén entregó obras de rehabilitación y ampliación del sistema de distribución de agua potable del acueducto del corregimiento de Bolivia hacia las veredas Patio Bonito y La Costa en el sector de Cerro Bravo²⁶¹.

z) Imposición de nueva medida de suspensión

A través de Auto n° 836 del 22 de diciembre de 2015²⁶², CORPOCALDAS impuso a la Central Hidroeléctrica El Edén la medida preventiva consistente en la suspensión de actividades del avance de excavación en el túnel por su portal entrada, supeditada al cumplimiento de los niveles de caudal de infiltración autorizados en la licencia ambiental, los cuales debían ser inferiores a 17 l/s en la totalidad del túnel, o hasta que se resolviera la solicitud de modificación de la licencia. Para lo anterior, dispuso que la empresa presentaría informe cada tres días con el registro diario de los caudales de infiltración en ambos portales del túnel. Se ordenó que la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental se encargara de la ejecución de la medida y de realizar visitas de verificación al cumplimiento de aquella.

De la suspensión preventiva se levantó acta el 13 de enero de 2016²⁶³ y dejó registro fotográfico²⁶⁴.

aa) Nuevas quejas presentadas por la comunidad. Intervención de CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la Central Hidroeléctrica El Edén

Mediante oficio radicado ante CORPOCALDAS el 18 de enero de 2016 por habitante de la vereda La Soledad Alta²⁶⁵, se denunció que el nacimiento

²⁶⁰ Páginas 80 y 81 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁶¹ Segundo archivo visible en la primera subcarpeta de la carpeta denominada "CdFolio 1621 C1_D", obrante en el cuaderno 001 del expediente digital.

²⁶² Páginas 715, 716 y 753 a 796 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁶³ Páginas 803 a 813 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

²⁶⁴ Archivo n° 16 obrante en la subcarpeta denominada "Requerimiento 4", contenida en la carpeta 002 del cuaderno 007 del expediente digital.

²⁶⁵ Página 83 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

ubicado en la finca del señor Silvio Montoya se había secado debido al proyecto hidroeléctrico, generando desabastecimiento.

La petición fue respondida por la autoridad ambiental mediante Oficio n° 500-1550 del 16 de febrero de 2016²⁶⁶.

Entre tanto, el 29 de enero de 2016²⁶⁷ y el 30 de enero de 2016²⁶⁸, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a AUSCOLBOL incluir a la empresa como usuario o suscriptor del servicio de acueducto en los sectores de La Costa y Cerro Bravo; petición que fue negada a través de oficio del 2 de febrero de 2016²⁶⁹, alegando que no contaban con recurso hídrico suficiente debido al fenómeno del niño, por lo que estaban analizando la posibilidad de realizar un trasvase del río El Salado hacia la bocatoma para incrementar caudales, y sólo así, efectuar la inscripción.

El 2 de febrero de 2016²⁷⁰, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a AUSCOLBOL, incluir a la empresa como usuario o suscriptor del servicio de acueducto en el sector de Patio Bonito.

El 9 de marzo de 2016²⁷¹, el coordinador de las Juntas de Acción Comunal de Pensilvania pidió a CORPOCALDAS la programación de una reunión con un funcionario de la entidad que tuviera conocimiento de la problemática vivida en la zona por desabastecimiento de agua en la vereda La Costa y los impactos de la implementación del proyecto de generación de energía.

El 10 de marzo de 2016²⁷² y el 19 de marzo de 2016²⁷³, funcionarios de CORPOCALDAS realizaron visita para atender solicitudes de la Defensoría del Pueblo y de la Alcaldía de Pensilvania.

El 4 de abril de 2016, la comunidad solicitó a CORPOCALDAS acompañamiento para realizar veeduría al túnel²⁷⁴; petición que fue respondida a través de oficio del 13 de mayo de 2016²⁷⁵.

Con Memorando n° 500-2509 del 21 de abril de 2016²⁷⁶, la Subdirección de

²⁶⁶ Páginas 85 a 87 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁶⁷ Página 149 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²⁶⁸ Página 148 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²⁶⁹ Página 161 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²⁷⁰ Página 160 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²⁷¹ Página 88 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁷² Páginas 281 y 282 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁷³ Páginas 283 a 285 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁷⁴ Página 92 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁷⁵ Páginas 104 y 105 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁷⁶ Páginas 814 a 847 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS remitió a la Secretaría General de la entidad un informe de seguimiento y verificación de cumplimiento de la medida preventiva impuesta en Auto n° 836 del 22 de diciembre de 2015.

bb) Persistencia en la zona del fenómeno del niño

Según consta en el expediente, el Departamento de Caldas efectuó estudios previos el 6 de mayo de 2016²⁷⁷, para aunar esfuerzos para realizar acciones tendientes a afrontar el fenómeno del niño mediante la adquisición de motobombas y la instalación de hidrantes, teniendo en cuenta la intensidad de éste, conforme se observa en Comunicado n° 5 del 4 de mayo de 2016 expedido por el Comité Técnico Nacional para el Estudio Regional del Fenómeno del Niño²⁷⁸.

cc) Quejas de la comunidad. Seguimiento ambiental efectuado por CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la Central Hidroeléctrica El Edén

El 16 de junio de 2016, un habitante de la vereda La Soledad radicó memorial ante CORPOCALDAS²⁷⁹, en el cual manifestó afectaciones por el proyecto hidroeléctrico, tales como: propagación de broca, secamiento de nacimiento de agua y derrumbe de un talud.

Atendiendo la solicitud anterior, CORPOCALDAS realizó visita de campo el 27 y 28 de junio de 2016²⁸⁰, constatando ausencia de caudal en el nacimiento de agua.

Mediante Oficios n° 500-7794 del 30 de junio de 2016²⁸¹ y n° 500-7792 del 3 de julio de 2016²⁸², la Subdirección de Recursos Naturales de CORPOCALDAS les informó tanto al quejoso como a la Central Hidroeléctrica El Edén, el resultado de la anterior visita de campo, haciéndole saber a esta última las recomendaciones que debía atender conforme a lo advertido.

Con oficios del 25 de julio de 2016²⁸³ y del 11 de agosto de 2016²⁸⁴, la Central Hidroeléctrica El Edén se pronunció frente a las recomendaciones hechas

²⁷⁷ Páginas 333 a 330 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

²⁷⁸ Páginas 311 a 319 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

²⁷⁹ Páginas 112 a 121 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸⁰ Páginas 122 a 127 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸¹ Páginas 128 a 130 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸² Páginas 134 y 135 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸³ Páginas 141 y 142 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸⁴ Páginas 148 a 164 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

por CORPOCALDAS.

El 10 de agosto de 2016, la Defensora del Pueblo solicitó a CORPOCALDAS pronunciarse en relación con denuncia hecha por la comunidad del sector de La Balastrea, en punto a que el agua suministrada no cumplía las condiciones sanitarias y técnicas de potabilidad²⁸⁵.

A través de Memorando n° 800-5244 del 30 de agosto de 2016²⁸⁶, la Subdirección de Infraestructura Ambiental de CORPOCALDAS le informó a la Subdirección de Recursos Naturales de dicha entidad, sobre la visita realizada al corregimiento de Bolivia para verificar la problemática que afectaba a determinada población del área de influencia del proyecto hidroeléctrico. Se indicó que los acueductos de La Soledad y de Patio Bonito se encontraban contruidos en su totalidad, con lo cual se garantizaría el abastecimiento de agua a toda la población de esos sectores; que el acueducto correspondiente a la vereda La Costa se encontraba pendiente de construcción, sin perjuicio de que los residentes de allí estuvieran siendo abastecidos por lo pronto con carrotanques y con tanques de almacenamiento; que la empresa hidroeléctrica ya había entregado los recursos para la ampliación del acueducto de Bolivia a la vereda La Costa; y que los tanques de almacenamiento de agua dispuestos para el suministro de agua a la población que resultó afectada por la disminución de las fuentes hídricas, presentaban sedimentos, por lo que se recomendaba continuar con las campañas para lavado de los mismos.

dd) Culminación de la construcción del túnel

Según se extrae de los testimonios rendidos en este proceso²⁸⁷, en agosto de 2016 se terminó la construcción del túnel.

ee) Cuarta solicitud de modificación de la licencia ambiental e inicio del trámite de la misma

El 21 de septiembre de 2016, la Central Hidroeléctrica El Edén presentó ante CORPOCALDAS modificación de la licencia ambiental concedida²⁸⁸ en los siguientes aspectos: **i)** indicadores de gestión del componente

²⁸⁵ Página 147 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸⁶ Páginas 168 a 182 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁸⁷ Así lo afirmaron los testigos Juan Pablo Ángel Pérez Página (minuto 00:25 a finalizar el segundo audio obrante en el archivo n° 026 del cuaderno 008 del expediente digital, y desde el inicio del tercer audio ibidem hasta el minuto 52:54) y Andrés Fernando Ramírez Baena (minuto 2:46 a 2:40:19 del tercer audio obrante en el archivo n° 005 del cuaderno 010 del expediente digital).

²⁸⁸ Páginas 86 y 87 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 187 a 243 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

socioeconómico del plan de manejo ambiental, con el fin de mejorar la trazabilidad de las actividades del proyecto y evaluar su efectividad; y ii) cambiar una de las dos actividades del plan de inversión del 1% del valor del proyecto, a efectos de adquirir 526 hectáreas en bosques naturales en los nacimientos del río La Miel, cuenca alta en jurisdicciones de los Municipios de Manzanares y Pensilvania.

Con Auto n° 1198 del 13 de octubre de 2016²⁸⁹, CORPOCALDAS inició el trámite de modificación de la licencia ambiental.

ff) Quejas de la comunidad. Seguimiento ambiental de CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la hidroeléctrica

Con Oficio n° 500-10306 del 5 de septiembre de 2016²⁹⁰, CORPOCALDAS respondió a petición de información hecha por la Defensoría del Pueblo, manifestándole que realizaba seguimiento al plan de contingencia por desabastecimiento de agua, constatando que en la zona de La Balastrera se abastecían con agua en carrotanque proveniente del acueducto de Bolivia, y que se encontraba en ejecución la construcción de redes de acueducto en Patio Bonito, La Costa y La Balastrera.

El 1º de octubre de 2016, el señor Jesús María Ríos, habitante de la vereda La Costa, finca El Diamante, solicitó a CORPOCALDAS visita de verificación por afectación a fuente de agua²⁹¹.

El 4 de octubre de 2016, un habitante de la vereda La Soledad informó a CORPOCALDAS proliferación de plagas y secamiento de fuentes de agua de las que se abastecía su finca²⁹².

Con Oficio n° 500-13589 del 10 de noviembre de 2016²⁹³, CORPOCALDAS le informó al anterior peticionario que en próxima visita a la zona se verificarían las condiciones de su predio.

Con ocasión de la petición elevada por el señor Jesús María Ríos, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS realizó Informe Técnico n° 500-1837 del 3 de diciembre de 2016²⁹⁴, dando cuenta de los resultados de la visita efectuada el 4 de noviembre del mismo

²⁸⁹ Páginas 88 a 90 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital, en concordancia con las páginas 266 a 268 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹⁰ Páginas 184 y 185 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹¹ Página 263 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹² Página 262 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹³ Página 290 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹⁴ Páginas 315 a 317 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

año, para verificar el secamiento de una fuente de agua en la vereda La Costa, indicando que efectivamente se advertía escasez del recurso hídrico, afectando las labores en la vivienda y en los cultivos del señor Jesús María Ríos, viéndose obligado a tomar como alternativa una fuente de agua en deficientes condiciones de salubridad; situación frente a la cual se remitiría oficio a la empresa hidroeléctrica para la inclusión en el plan de contingencia.

Por Oficio n° 500-14800 del 3 de diciembre de 2016²⁹⁵, CORPOCALDAS respondió la petición elevada por el señor Jesús María Ríos en relación con afectación por escasez de recurso hídrico.

El 24 de noviembre de 2016, se presentó queja por parte de habitante de la vereda La Soledad Alta, por afectación de vía de acceso y deslizamientos²⁹⁶.

Con ocasión de dicha petición, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS realizó Informe Técnico del 27 de noviembre de 2016²⁹⁷, con el cual da cuenta de los resultados de visita al predio, emitiendo recomendaciones a la Central Hidroeléctrica de Caldas sobre la materia.

Mediante Oficio n° 500-15713 del 27 de diciembre de 2016²⁹⁸, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS informó a la Central Hidroeléctrica de Caldas las recomendaciones hechas según Informe Técnico del 27 de noviembre de 2016.

Por Oficio n° 500-15711 del 27 de diciembre de 2016²⁹⁹, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS respondió la petición referente a la afectación de vía de acceso y deslizamientos.

El 5 de diciembre de 2016, la Central Hidroeléctrica El Edén suscribió acta de entrega de estructuras (línea de conducción y tanque de almacenamiento) para el desarrollo y funcionamiento del acueducto de la vereda Patio Bonito³⁰⁰.

Por Auto n° 1054 del 30 de diciembre de 2016³⁰¹, CORPOCALDAS ordenó a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental realizar visita

²⁹⁵ Páginas 313 y 314 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹⁶ Páginas 301 a 303 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹⁷ Páginas 304 a 308 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹⁸ Páginas 318 a 322 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

²⁹⁹ Páginas 323 a 327 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³⁰⁰ Páginas 140 a 142 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

³⁰¹ Páginas 858 a 862 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

técnica, emitir concepto técnico y efectuar aforos en la fuente La Balastreira.

Mediante escrito presentado el 18 de enero de 2017³⁰², la Central Hidroeléctrica de Caldas informó a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS en relación con las acciones adelantadas para atender las recomendaciones hechas por dicha autoridad.

En relación con el seguimiento al monitoreo de fauna, la autoridad ambiental expidió Informe Técnico n° 500-19 del 18 de enero de 2017³⁰³.

gg) Entrada en operación de la Hidroeléctrica El Edén

De conformidad con los Oficios n° SGGCT-216 del 31 de agosto de 2017³⁰⁴, n° CHE-2017-039 del 7 de septiembre de 2017³⁰⁵, n° 2017-IE-00022745 del 7 de septiembre de 2017³⁰⁶ y n° 20170230012189 del 8 de septiembre de 2017³⁰⁷, expedidos por el alcalde del Municipio de Pensilvania, el representante legal de la Central Hidroeléctrica El Edén, la subdirectora de evaluación y seguimiento ambiental de CORPOCALDAS y el jefe del Área de Gestión Operativa de la Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC), el proyecto hidroeléctrico El Edén entró en operación el 2 de marzo de 2017.

hh) Actuaciones realizadas en el marco del trámite de la cuarta modificación de la licencia ambiental

En Informe Técnico n° 500-302 del 4 de abril de 2017³⁰⁸, expedido para analizar la solicitud de modificación de la licencia ambiental, se concluyó que se requería aclarar y/o complementar la información, teniendo en cuenta varios requerimientos.

El 3 de mayo de 2017, la Central Hidroeléctrica El Edén remitió a CORPOCALDAS la información complementaria para la modificación de la licencia³⁰⁹.

³⁰² Páginas 329 a 337 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³⁰³ Páginas 338 a 341 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³⁰⁴ Página 1 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁰⁵ Páginas 2 a 4 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁰⁶ Páginas 11 a 19 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁰⁷ Páginas 99 a 102 del archivo n° 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁰⁸ Páginas 378 a 397 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³⁰⁹ Páginas 414 a 435 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

ii) Presentación de nuevas quejas de la comunidad. Seguimiento ambiental realizado por CORPOCALDAS y cumplimiento de requerimientos por parte de la central hidroeléctrica

El 25 de mayo de 2017, la Defensora del Pueblo, en condición de presidente de la veeduría ciudadana del proyecto El Edén, solicitó a la Central Hidroeléctrica El Edén describir la forma en la que se distribuía el suministro de agua (acueducto o tanque y por horas o días) a las veredas del corregimiento de Bolivia, precisando si alguna de éstas no tenía suministro alguno³¹⁰. Se acotó que en audiencia pública ambiental para la modificación de la licencia ambiental, llevada a cabo el 28 de abril de 2017, la comunidad de las veredas La Costa 1 y 2 y Patio Bonito, manifestó estar actualmente sin suministro de agua.

Con oficio del 5 de junio de 2017³¹¹, la Central Hidroeléctrica El Edén respondió a la Defensora del Pueblo, indicándole que las veredas del área de influencia directa del túnel de conducción del proyecto hidroeléctrico eran Las Playas, Patio Bonito, La Costa y La Soledad; e informando sobre el plan de contingencia adelantado para suministro de agua por posibles desabastecimientos, con ocasión del cual se amplió la cobertura del acueducto de Bolivia para abastecer a las veredas Patio Bonito, La Costa y La Soledad. Refirió además que en un momento de máximo verano, abasteció con carro tanque a la vereda La Costa Alta, lo cual fue suspendido ante la recuperación de las fuentes naturales. Manifestó que reconoció el pago de consumos de agua en un predio; y que pese a que la vereda La Primavera no hace parte del área de influencia, la empresa hizo seguimiento y monitoreo a varias fuentes de agua alrededor, decidiendo hacer donaciones de tanques y mangueras. Expuso que las fuentes de agua se encontraban recuperadas de manera consistente; que en el sector de La Balastrea se inició la recuperación desde enero de 2017; que varias personas han impedido la toma de medidas de los caudales y han obstaculizado el suministro de agua a algunas fincas; y que se amplió el acueducto de La Soledad.

El 12 de mayo de 2017, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS elaboró Informe Técnico n° 500-464³¹², con el cual dio a conocer a la Secretaría General de la entidad el resultado de la visita realizada en los meses de febrero y marzo de 2017 en la zona de influencia del proyecto hidroeléctrico. En dicho informe constan los consolidados de los niveles de infiltración detectados, así como los aforos de las quebradas La Balastrea y Las Palmas.

³¹⁰ Página 80 del archivo n° 04 del cuaderno 003 del expediente digital.

³¹¹ Páginas 81 a 84 del archivo n° 04 del cuaderno 003 del expediente digital.

³¹² Páginas 888, 889, 905 a 924, 890 y 891 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

El 17 de julio de 2017, la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS expidió Informe Técnico n° 110-854³¹³, con ocasión de visita realizada el 13 y 14 de julio del mismo año a las veredas La Soledad y Patio Bonito, para verificar supuestas afectaciones al medio ambiente, concluyendo que aquellas no se presentaban y menos un riesgo de pérdida de biodiversidad. De lo anterior se informó a la Central Hidroeléctrica de Caldas mediante oficio del 27 de julio de 2017³¹⁴.

Con Auto n° 2017-3010 del 8 de agosto de 2017³¹⁵, CORPOCALDAS declaró la pérdida de obligatoriedad de la medida preventiva, teniendo en cuenta que para esa fecha la hidroeléctrica ya había terminado la etapa de construcción.

Mediante oficio del 29 de agosto de 2017³¹⁶, CORPOCALDAS respondió a petición elevada por la Defensoría del Pueblo, informándole, entre otros aspectos, el suministro de agua potable a la población del corregimiento de Bolivia que presentó desabastecimiento, de conformidad con la activación del plan de contingencia por parte de la Central Hidroeléctrica de Caldas; así como la inexistencia de desabastecimiento en la vereda La Primavera.

El 2 de septiembre de 2017³¹⁷, un habitante de la vereda Patio Bonito le solicitó a la Central Hidroeléctrica El Edén a través del presidente de la veeduría ciudadana conformada en relación con el proyecto, la conexión al acueducto de AUSCOLBOL, debido a la disminución de las aguas que naturalmente brotaban en El Bosque.

Con oficio del 18 de septiembre de 2017³¹⁸, la Central Hidroeléctrica El Edén le indicó al presidente de la veeduría ciudadana, que la solicitud de conexión debía realizarla el interesado directamente ante AUSCOLBOL, aprovechando la ampliación de la red de acueducto por parte de la empresa.

El 21 de septiembre de 2017 se elaboró Informe Técnico n° 110-1243³¹⁹, en relación la supuesta poca frecuencia de especies en el área aledaña al proyecto.

Con oficios del 28 de septiembre de 2017³²⁰, la Central Hidroeléctrica El Edén

³¹³ Páginas 616 a 625 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³¹⁴ Páginas 627 a 629 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³¹⁵ Páginas 892 a 897 del archivo n° 01 del cuaderno 004 del expediente digital.

³¹⁶ Páginas 643 a 650 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³¹⁷ Página 184 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

³¹⁸ Página 185 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

³¹⁹ Páginas 660 a 671 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³²⁰ Páginas 167 a 170 del archivo n° 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

les solicitó a dos usuarios del servicio de acueducto pagado por dicha empresa, que hicieran uso racional del mismo, ante los elevados costos de las facturas³²¹.

jj) Trámite de la cuarta modificación de la licencia ambiental

En Informe Técnico n° 500-2 del 2 de enero de 2018³²², expedido para analizar la solicitud de modificación de la licencia ambiental, se concluyó que se consideraba viable.

Atendiendo lo anterior, CORPOCALDAS expidió la Resolución n° 2018-0460 del 12 de febrero de 2018³²³, con la cual modificó la licencia ambiental, en lo que respecta a la destinación de los recursos provenientes del plan de inversión del 1%, y en cuanto a la inclusión de acciones y obligaciones detalladas para el programa de componente socioeconómico.

Contra dicho acto, la Central Hidroeléctrica El Edén interpuso recurso de reposición el 28 de febrero de 2018³²⁴, el cual fue resuelto desfavorablemente a través de Resolución n° 2018-1032 del 27 de abril de 2018³²⁵.

kk) Cesión parcial de la licencia ambiental

El 20 de marzo de 2018, la Central Hidroeléctrica El Edén solicitó a CORPOCALDAS aceptar la cesión parcial de la licencia ambiental otorgada, a favor de la Central Hidroeléctrica de Caldas (CHEC)³²⁶; petición que, según lo allegado al expediente, no ha sido resuelta.

ll) Estudios hidrológicos

En 2018, CORPOCALDAS contrató con las firmas Servicios Ambientales de Caldas, Luis Carlos Ramírez Ospina Ingeniería Civil, Hidráulica y Ambiental y SIÉ INGENIERÍA Soluciones Integrales, la realización de un modelo hidrológico sobre las fuentes hídricas superficiales en el área de influencia directa de la hidroeléctrica El Edén, con el fin de valorar los posibles impactos ocasionados por la construcción y operación de dicho proyecto³²⁷. Se concluyó

³²¹ Páginas 188 y 189 del archivo n° 02 del cuaderno 003 del expediente digital, en concordancia con las páginas 11 a 20 del archivo n° 05 ibidem.

³²² Páginas 737 a 756 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³²³ Páginas 760 a 784 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³²⁴ Páginas 787 a 798 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³²⁵ Páginas 860 a 885 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³²⁶ Páginas 817 a 840 del archivo n° 06 del cuaderno 002 del expediente digital.

³²⁷ Segundo archivo visible en la primera subcarpeta de la carpeta identificada como "CdFolio 3399 C1_I" del cuaderno 001 del expediente digital.

lo siguiente:

(...)

- *Durante los años 2014 y 2015 se presentó un descenso en las precipitaciones derivado de la manifestación del fenómeno ENOS – fase Niño, que históricamente ha sido el más severo en magnitud y frecuencia de acuerdo a los valores históricos del El Indicador Oceánico del Niño – ONI.*
- *La modelación hidrológica permitió detectar que existe consistencia entre los registros de lluvias y los caudales exhibidos por la mayoría de corrientes hasta los años 2014 y 2015, en los cuales se presenta una ruptura de la dinámica, no viéndose reflejada el mismo nivel de concordancia entre todas las estaciones de aforo localizadas sobre las corrientes existentes en el área de influencia directa al proyecto.*
- *Las corrientes más susceptibles de cambio durante el año 2014 se encuentran localizadas en su totalidad en la vertiente de los afluentes directos al río La Miel, entre tanto los efectos sobre la vertiente del río Salado se manifestaron a partir del año 2015.*
- *No todas las corrientes estudiadas se han visto afectadas en su comportamiento hidrológico, pues en 39 de las 98 estaciones de aforo estudiadas no se refleja la existencia de cambios apreciables en los caudales, los cuales guardan coherencia con la variabilidad climática presente durante el periodo analizado y los resultados obtenidos con la modelación hidrológica desarrollada.*
- *En solo 9 de las 98 estaciones de aforo analizadas es apreciable un cambio en el régimen hidrológico a partir del año 2014, en tanto que en 21 de ellas el cambio ocurrido es apreciable solo a partir del año 2015.*
- *En 11 de las corrientes analizadas no es posible determinar con certeza si hubo o no cambios del régimen hidrológico, dado que no se dispone del suficiente número de registros antes o después de la intervención del proyecto.*
- *Con la información existente se dificulta conocer la causa probada que determine la variación en el régimen hidrológico de las fuentes superficiales existentes en el área de estudio.*

mm)Dictámenes periciales aportados por la parte actora para demostrar los perjuicios causados

Con la demanda, la parte actora allegó cuatro dictámenes periciales para sustentar sus pretensiones, así:

- Estudio Hidrogeológico del Túnel de la Hidroeléctrica El Edén³²⁸, realizado por el geólogo Alberto Lobo Guerrero entre mayo y noviembre de 2016, con el objeto de determinar si existía o no afectación del recurso hídrico para consumo humano y labores agropecuarias en los predios rurales del corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, como consecuencia de la construcción de un túnel para conducción de agua del río La Miel, con miras a ser utilizado para el proyecto hidroeléctrico El Edén.

Del citado documento se destaca lo siguiente:

El Capítulo 9 Clima presenta las lluvias de los once años entre 2005 y 2015, con un promedio anual de 3,600 mm y las lluvias mensuales entre enero de 2015 y mayo de 2015, con un promedio de 208 mm/mes. También se registran los datos de lluvia, humedad relativa, radiación solar, temperatura, presión atmosférica y velocidad del viento entre diciembre de 2013 y agosto de 2016. Además se cita un balance hídrico regional de la Estación de Pensilvania entre 1976 y 2002 con información de precipitación, temperatura, evapotranspiración, escorrentía e infiltración. Con estos datos se analizan los ciclos climáticos de La Niña entre 2008 y 2013 y El Niño entre 2014 y 2015. Sin embargo durante el período de construcción del túnel (2013 a 2016) el mínimo de precipitación de 2,942 mm en el 2014 todavía es una cantidad enorme de lluvia, por lo cual es totalmente falso que El Niño sea el causante de la desaparición del agua de los manantiales, las cañadas, arroyos y quebradas, en la Cuchilla de Bolivia, como afirman los constructores. Como el túnel es un nuevo drenaje subterráneo éste ha abatido el nivel de la tabla de agua y por ello se han secado las aguas de la superficie.

(...)

Como se muestra en las Fotografías del Anexo 1 hay muchísimas exfiltraciones de agua subterránea hacia el túnel. Si no se bombea permanentemente el agua que se infiltra hacia el túnel, con varias estaciones de bombeo, este se inundaría del todo y no permitiría la excavación del mismo. El túnel es un conducto de drenaje nuevo que perfora el macizo rocoso que intercepta el flujo de agua subterránea hacia el Río La Miel y abate la tabla de agua hasta la solera del mismo. (Ver las líneas de flujo equipotenciales en el diagrama de la Figura No.5). Mediante la inyección de impermeabilizantes (SIKA FIX-210) se trabaja en controlar la infiltración del agua subterránea al túnel.

En el Anexo 2 se presenta el Reconocimiento Hidrogeológico de Fincas y Acueductos donde se comprobaron las aseveraciones de los propietarios y residentes de estos predios sobre la desaparición de las fuentes de agua

³²⁸ Páginas 1 a 60 del archivo n° 003 del cuaderno 001 del expediente digital y páginas 129 a 148 del archivo n° 004 ibidem.

superficial en el área (manantiales, cañadas, arroyos y quebradas) desde que comenzaron la excavación del túnel de conducción.

Por todo lo anterior en este informe de peritazgo, llego a la firme conclusión que existe una grave afectación del recurso hídrico, que sirve para el consumo humano y es además utilizado en labores agropecuarias, como consecuencia de la construcción del túnel de conducción de la hidroeléctrica de El Edén. (Líneas son del texto).

En la diligencia de contradicción del dictamen elaborado por el geólogo Alberto Lobo Guerrero Uscátegui³²⁹, quien reconoció no tener título alguno en hidrogeología, aseguró lo siguiente:

- Las infiltraciones que se dieron en el túnel desecaron todos los terrenos.
- Así en algunos años y meses hubiera llovido menos, ello no es suficiente para explicar el abatimiento que ha habido.
- El fenómeno del niño no influyó en el desabastecimiento. No tiene sustento para constatar o fundamentar dicha afirmación
- Los estudios de la hidroeléctrica fueron deficientes porque si se hubieran hechos estudios hidrogeológicos con las perforaciones que normalmente se hacen desde superficie hasta la cota por donde va el túnel, ahí se puede saber dónde está el nivel del agua y se puede ver a qué profundidad va a estar la solera del túnel y con la cantidad de agua del pozo exploratorio se pueden hacer predicciones de cuánta agua se va a sacar y dónde va a estar el nivel al final. En los estudios previos a la construcción, podían haberse dado cuenta de lo que iba a pasar.
- Como llueve mucho en la región, es posible que se vayan recuperando los niveles de agua y se restablezca el suministro de ésta a las fincas aledañas, estudiando muy bien la disponibilidad de aguas en superficie.
- No se realizaron análisis de aguas superficiales y subterráneas ni pruebas hidrogeoquímicas e isotópicas.
- No se corroboraron a través de campañas de aforo o de alguna otra manera, la existencia de manantiales en los 39 puntos a los que hizo referencia.
- No se hicieron aforos, ni se midió la cantidad de agua que estaba pasando.
- No se tomaron muestras de perforaciones a rocas.

³²⁹ Minuto 54:35 a finalizar el segundo audio obrante en el archivo n° 08 del cuaderno 007 del expediente digital, y desde el inicio del tercer audio ibidem hasta transcurrir 2:49:50.

- Debido a que se trataba de un modelo hidrogeológico conceptual, no se tuvieron en cuenta monitoreos piezométricos sino simplemente mapas topográficos y la información en el túnel también con cota, con base en lo cual se describió la situación.
- Las pruebas isotópicas no necesariamente permiten identificar la conexidad entre aguas subterráneas y aguas superficiales y subsuperficiales, ya que las aguas subterráneas se mezclan, y las diferentes aguas que puede haber en los acuíferos en ciertas partes del acuífero pueden tener una calidad química e isotópica y en otras partes del acuífero una diferente.
- Para determinar si las propiedades hidrogeoquímicas e isotópicas de un agua subterránea tiene propiedades diferentes a las aguas superficiales y subsuperficiales, depende del lugar en el que se analicen, esto es, si están muy cerca de la superficie, si están a 100 metros de profundidad o a 1.000 metros.
- Reconoció que varias coordenadas suministradas en el informe no corresponden al área de influencia del proyecto.
- El secamiento o disminución de cauces en los predios que no están dentro del polígono no está específicamente relacionado con el área de influencia del túnel, sino que puede tener otras causas de tipo climático.
- Aun cuando no hay conexidad del secamiento de dichos cauces con la construcción del túnel, lo cierto es que antes del proyecto no había problemas del mismo tipo, y entonces coincide la iniciación y los años en que estuvo en construcción la hidroeléctrica con la afectación de los predios.

Por lo demás, en la diligencia el perito fue reticente y se negó en múltiples oportunidades a dar explicaciones acerca de su dictamen y de señalar de dónde provino la información con base en la cual realizó el peritaje.

- Dictamen sobre el estado emocional y salud física de los habitantes del corregimiento de Bolivia³³⁰, elaborado por la psicóloga Luz María Gómez de Montoya en marzo de 2017, y del cual se extrae lo siguiente:

En los habitantes del Corregimiento de Solivia se encuentra un alto grado de vulnerabilidad psicosocial desencadenados por los estados emocionales manifestos en ellos como: aflicción, tristeza, llanto, dolor, sufrimiento, incertidumbre y labilidad emocional, que los afecta en todas las áreas: físico, social, emocional y espiritual, en sus relatos lo expresan así: Han sufrido la pérdida del agua, de sus tierras, cosechas, animales; se les transformó la vida de

³³⁰ Páginas 61 a 187 del archivo nº 003 del cuaderno 001 del expediente digital.

un momento a otro. En la entrevista semiestructurada, se les dio la oportunidad de expresar sus sentimientos, a la pregunta: ¿qué es lo que más valora del sector? El 100% de la población entrevistada contestó: la tranquilidad, la amabilidad de la gente y el agua.

“La vulnerabilidad es un estado en el que se puede ser herido o lesionado física o moralmente. Para que el daño ocurra deben presentarse las siguientes condiciones: a) un hecho potencialmente adverso (un riesgo endógeno o exógeno este evento fue la pérdida del agua un evento adverso que no previó las consecuencias para los involucrados en el proyecto.); b) una incapacidad de respuesta frente a esa contingencia; y c) una inhabilidad para adaptarse al nuevo escenario generado por la materialización del riesgo”³³¹ (muy evidente el trastorno adaptativo en los moradores del corregimiento de Bolivia, porque evidencian la situación como un cambio súbito de la noche a la mañana.)

Significados y vivencias asociadas a la situación problema: *¿Qué cosas han cambiado a raíz de la construcción de la hidroeléctrica? Si pudieran devolver el tiempo, ¿Qué cosas conservaría de las cosas que han perdido a raíz de la hidroeléctrica? “El sector económico, la pérdida del agua, la escasez de los animales (sic), consecuencias bio-ambientales en general, se secaron todos los nacimientos de agua en mi vereda que eran cuatro y están totalmente secos. Han trastornado mucho nuestras vidas porque carecemos del agua en la vereda para poder sostener y cuidar a los animales y plantas y por lo tanto las tierras se vuelven áridas. Antes la vida era mucho mejor no nos teníamos que preocupar por el agua. Todo era tranquilidad, pero ahora hay mucha ansiedad y angustia porque se dice que todo se pondrá peor”.*

Estos son algunos de los relatos de los pobladores de Bolivia

En la diligencia de contradicción del dictamen elaborado por la psicóloga Luz María Gómez de Montoya³³², ésta explicó que se basó en los procesos que maneja la salud mental para atención de desastres; que utilizó pruebas de tamiz para percibir la problemática de la población y filtrar aquellos casos específicos; que hizo muestras representativas; y que no tuvo en cuenta reportes epidemiológicos.

- Análisis efectuado por la sociedad BIOOS S.A.S. en el mes de abril de 2017 en relación con las afectaciones e impactos generados a partir de la construcción del túnel El Edén en el corregimiento de Bolivia³³³.

En el referido informe se indicó que se habían identificado las siguientes afectaciones: a temas de salud (presencia y aumento de

³³¹ Cita de cita: <http://www.revistaciencias.unam.mx>

³³² Minuto 6:25 a finalizar el primer audio obrante en el archivo n° 016 del cuaderno 007 del expediente digital y segundo audio ibidem.

³³³ Páginas 188 a 484 del archivo n° 003 del cuaderno 001 del expediente digital y páginas 1 a 61 del archivo n° 004 ibidem.

enfermedades e interrupción del suministro habitual de alimentos), a relaciones comunitarias (desplazamiento), a la infraestructura social (presencia y funcionamiento institucional, educación y escolaridad), a la infraestructura física (vías), y a las condiciones culturales y costumbres (cambio de empleo y de actividad productiva).

De otra parte, el dictamen aseguró que se establecieron igualmente los siguientes impactos: al sistema ecológico (recursos del suelo y nivel freático del agua), a los cambios del régimen hídrico a corto, mediano y largo plazo, al sistema de producción agropecuaria, al sistema de mercado y a la infraestructura de la zona.

El informe pericial sostuvo que hubo un cambio en la vocación y uso del suelo, así como un daño especial ambiental.

Concluyó el estudio que la construcción del túnel en el corregimiento de Bolivia por parte de la Central Hidroeléctrica El Edén está causando un daño ambiental, como consecuencia del desabastecimiento de aguas superficiales a raíz del proceso de infiltración que se viene originando hacia el túnel de conducción de aguas para la puesta en marcha de generación de energía; evento dañoso que le está causando perjuicios a los propietarios y residentes que se encuentran dentro del área de construcción de la obra.

A la diligencia de contradicción del dictamen elaborado por BIOOS acudió el ingeniero agrónomo Carlos Alberto Gómez Agudelo³³⁴, quien explicó que el problema planteado fue el de determinar cómo la construcción del túnel pudo haber afectado de manera directa el abastecimiento del agua para consumo humano y animal, y los sistemas productivos de 34 accionantes en la zona rural del corregimiento de Bolivia.

Para lo anterior, señaló que acudieron, de un lado, a los testimonios de los mismos propietarios, quienes expusieron sus percepciones sobre la problemática y suministraron registros productivos; y de otro, a información secundaria, dentro de la cual se encuentra una investigación de tesis de maestría realizado por Óscar Alexander Varila Quiroga; para luego realizar visitas de inspección y, finalmente, establecer las afectaciones e impactos en términos integrales, pues el hecho de que no hubiera agua significaba que no podían realizar sus labores domésticas en la finca, no podían elaborar alimentos para poder

³³⁴ Minuto 10:00 a finalizar el primer audio obrante en el archivo nº 014 del cuaderno 007 del expediente digital, segundo audio y tercer audio ibidem.

alimentarse como familia, no podían hacer un mantenimiento a los cultivos ni cuidar del ganado, entre otros.

Afirmó que según el estudio de Varila, hubo afectaciones a partir de la construcción del túnel y del modelo de construcción con dinamita que afectó las rocas metamórficas, lo cual generó una alteración en el patrón natural de flujo y un descenso regional del nivel freático, algo especialmente problemático en el caso de acuíferos someros, en donde puede implicar directamente el secado de pozos someros o manantiales, afectando el abastecimiento de sectores de la población, sobre todo rurales, que hacen uso del recurso hídrico subterráneo. Añadió que en la tesis se plantea igualmente que la extracción de grandes caudales de agua desde túneles de excavación puede afectar el ciclo hidrológico, poniendo en riesgo los caudales en épocas de estiaje y la ocurrencia de manantiales.

Sostuvo que una de las conclusiones del estudio hecho por BIOOS es que la situación problemática alrededor del desabastecimiento de agua, se manifestó en cuatro parámetros: la cobertura del agua en términos del servicio de agua potable que no fue accesible al ciento por ciento; la cantidad, ya que el volumen de agua ofertada no fue suficiente para las labores integrales de la condición de vida de estos campesinos; la continuidad, porque el servicio de suministro de agua no estaba disponible 24/7, esto es, el resarcimiento puntual que hacía la empresa en su momento a través de un incipiente acueducto que no tenía una continuidad de oferta hídrica para las labores en conjunto necesarias para el libre desarrollo de la actividad productiva y familiar de estas personas; y calidad del agua, en tanto no siempre era apta para el consumo humano, básicamente las aguas ofertadas.

Mencionó que BIOOS no corroboró lo expuesto por los accionantes con herramientas de medición, sino que tuvo en cuenta el reporte que aquellos hicieron de buena fe frente a sus posesiones.

Aclaró que el análisis respecto del cambio en el uso del suelo fue prospectivo y no quiere decir que efectivamente se hubiera dado.

Afirmó que el plan de contingencia que hizo El Edén no fue realmente un acueducto, porque era transporte de agua desde las quebradas a través de mangueras y tenía varios problemas, porque el agua no estaba ofertada de manera continua, no era suficiente para las labores del hogar y de sostenimiento de los cultivos, tenía cortes o fallas parciales, y tenía cierres en determinadas horas.

Refirió que con base en el valor de la unidad productiva dada por los propietarios, se hizo el ejercicio del lucro cesante; y precisó que como en el valor de la unidad productiva ya están los costos de producción, no puede asegurarse que tomaron sólo los ingresos totales y no las pérdidas o gastos.

Indicó que para los años 2014 y 2015 se presentó el fenómeno del niño o de la niña.

Finalmente adujo que la base fundamental del cálculo de los costos de producción y de los posibles daños fueron los datos aportados por los accionantes.

- Informe de avalúos comerciales rurales en el corregimiento de Bolivia³³⁵ efectuado por el señor José Norbey Quintero C. el 24 de febrero de 2017, el cual concluyó lo siguiente: *“Encontramos que desde hace aproximadamente 5 años cuando se iniciaron las obras para la construcción del túnel del edén, y desde entonces se viene sufriendo paulatinamente de la problemática de pérdida del recurso hídrico, de menor a mayor el impto (sic) en el tiempo, lo cual ha generado además de las dificultades antes mencionadas en la transformación de los productos agrícolas y el abastecimientos (sic) mínimo para el consumo humano, es la afectación en el valor de los predios los cuales actualmente no presentan un valor comercial medianamente significativo, toda vez que los posibles interesados en los predios al conocer que no presentan servicios de aguas propias o de nacimiento no realizan ofertas económica (sic) lo cual, deja ver y deslumbrar un panorama muy oscuro y de incertidumbre para la comercialización de estos los cuales para la fecha presentan una desvalorización en sus predios entre el 60% y el 100%; y un promedio general de todos los predios en su desvalorización equivalente al 76.2%”.*

En la diligencia de contradicción del dictamen³³⁶, el perito explicó inicialmente que la metodología usada fue la hedónica, que tiene como característica conocer el valor de un bien teniendo en cuenta unos valores marginales y partiendo de la base que los predios que se van a avaluar, dependen de muchos otros elementos, como por ejemplo, la vía, el paisaje, los terrenos, la topografía, las aguas, etc. Añadió que dicho método si bien no está consignado en ninguna de las normas del IGAC, ello no significa que no sea idóneo para conocer la desvalorización, acercándose a la afectación.

³³⁵ Páginas 63 a 122 del archivo nº 004 del cuaderno 001 del expediente digital.

³³⁶ Minuto 6:33 a finalizar el primer audio obrante en el archivo nº 010 del cuaderno 007 del expediente digital, y el segundo audio ibidem.

Aseguró que recorrió con cada propietario las fuentes, quebradas o nacimientos, observando que estaban con poca agua o totalmente secos. Aclaró que antes de su visita al sector no podía aseverar si había agua en los mismos lugares y en qué cantidad.

Indicó que para la fecha en que inició su labor como perito, se estaba implementando un acueducto muy incipiente y algunos predios contaban con mangueras muy rudimentarias.

Afirmó entonces que al no tener fuentes hídricas, los predios que visitó tenían características claras de desvalorización.

Manifestó que para la realización del avalúo partió del principio de la buena fe, aceptando lo dicho por los propietarios frente a la pérdida de caudales y al valor por el cual hubieran vendido sus predios antes del suceso, así como los niveles de producción que tenían.

Precisó que las afirmaciones hechas en su dictamen en relación con que la desvalorización se produjo por la pérdida de manantiales y de caudales, tienen como sustento informes rendidos por otros profesionales, así como la observación directa del transporte de agua de manera incipiente a través de mangueras.

Señaló que la conclusión de pérdida de valor se aplica para el momento específico de realización del dictamen y no para tiempos posteriores, pues si las personas tienen la opción de llevar agua de acueducto para el consumo humano, si cambian la destinación o vocación del suelo según el clima, entonces cambiarán también las condiciones y podrá recuperarse valor.

nn) Dictamen pericial aportado por la Central Hidroeléctrica El Edén

Con la contestación de la demanda, la Central Hidroeléctrica El Edén allegó dictamen pericial rendido por el ingeniero agrónomo Marco Aurelio Villegas Arenas, en relación con la afectación agrícola en la zona de influencia del túnel de conducción del proyecto hidroeléctrico El Edén³³⁷, del cual se destaca lo siguiente:

A partir del análisis de todos los argumentos técnicos consignados y relacionados con los sistemas productivos agropecuarios existentes en la zona de influencia de la construcción del túnel por parte de CHEE, como café, plátano, aguacate, caña y ganadería sumado a la interpretación de los resultados en las

³³⁷ Páginas 91 a 216 del archivo nº 05 del cuaderno 003 del expediente digital.

tablas de precipitación anual de la zona, evaluaciones de campo personalizadas y especialmente interpretación individual de los ANÁLISIS DE SUELOS tomados en los predios técnica y estratégicamente seleccionados que están ubicados en la zona de influencia del túnel como ya se referencio (sic) (informaciones anexas), se concluye que NO se (sic) adecuadas para la agricultura al igual que el contenido de nutrientes esenciales como nitrógeno, fósforo, potasio, magnesio, calcio, boro, zinc entre otros, los cuales se encuentran en el rango normal mínimo que exige el establecimiento y posterior producción de los cultivos de café, plátano, caña, aguacate y pasto para el consumo del ganado vacuno. Sumado a esto es claro el hecho como lo reflejan las estadísticas de precipitación anual que siempre se han tenido los requerimientos hídricos necesarios para el desarrollo de los cultivos, los cuales oscilan entre 1.500 mm y 2.000 mm anuales. Sumado a lo anterior, no hay recambio en el uso del suelo por la “aparente” disminución en las fuentes hídricas por efecto de la construcción y funcionamiento del túnel; pues no hay intercomunicación entre la humedad superficial a máximo 1 metro abajo del nivel del suelo y la profundidad en metros donde está el túnel construido sumado al hecho que la exploración radicular por parte de los cultivos establecidos no llega a más de 2 metros en el caso de café, más de 3 metros para aguacate, más de 1 metro en el caso de caña, plátano y pastos.

El suelo de la zona de influencia de la construcción del túnel es ADECUADO para la explotación agrícola de café, plátano, caña, aguacate y pastos al igual que la oferta hídrica y ambiental (características edafoclimáticas) y no representa DAÑO bajo el argumento de CAMBIO EN EL USO DEL SUELO. De ser así, resultaría imposible establecer nuevos cultivos si el stress hídrico acabó con el suelo y estos NO presentarían todas las características ya referenciadas.

Concepto final:

La implementación de los planes de contingencia de suministro de agua para la zona de influencia del túnel de conducción del proyecto, ante posibles desabastecimientos de agua ya sea por efectos climáticos como el fenómeno del Niño o por efectos de la construcción del túnel, fue totalmente exitosa. Se logró que cerca de 118 familias pudiesen contar por primera vez con agua potable y debidamente legalizada, con la implementación del proyecto de ampliación de la cobertura del Acueducto de Bolivia administrado por AUSCOLBOL, hacia las veredas; Patio Bonito, La Costa y el sector de Cerro Bravo en la vereda La Soledad. Antes de esto, dichas comunidades contaban con acueductos independientes e individuales, con fuentes intermitentes dependientes de la presencia de lluvias, sin la legalización de las respectivas concesiones de agua, acueductos que suministraban aguas crudas y algunas contaminadas, con infraestructuras inadecuadas de captación, conducción y almacenamiento de agua.

En el documento se presenta el resultado de una serie de visitas de inspección

en temas de impacto socio ambiental y agropecuario a predios de habitantes de el corregimiento de Bolivia Caldas, y se manifiestan afectaciones en sus condiciones normales de vida y del entorno de sus actividades productivas de tipo agropecuario, debido a las actividades de construcción e ingeniería que en la zona ha realizado la empresa Hidroeléctrica El Edén.

Al revisar información científica y literaria soportada por instituciones serias se puede concluir que las afectaciones de las que se habla no son severas, que las condiciones de desarrollo y crecimiento de los sistemas productivos y ganaderos permanecieron bajo condiciones prevalentes de clima favorables durante los años 2015 y 2016. Las Temperaturas mantuvieron su rango óptimo favoreciendo el normal desempeño de los sistemas de producción agrícola y pecuaria, así como la productividad. Las condiciones de lluvia prevalentes estuvieron en los rangos históricamente registrados, considerados como normales.

Los cambios en el uso de la tierra no pueden ser justificados por el efecto generado con la construcción de la hidroeléctrica, es una decisión particular e individual de cada propietario, las siembras de cultivos diferentes, el uso extensivo y la sobrecarga de los pastizales, el deficiente manejo agronómico, administrativo, la ausencia de planificación para el desarrollo normal de los sistemas agro productivos son evidencia del aprovechamiento oportunista de la población para buscar recursos económicos aventurados.

Existen sistemas de producción con ciclos cumplidos, estos que han llegado al umbral, sugiriendo edad avanzada y mayores costos de producción con una menor relación beneficio costo para el agricultor.

Actividades y prácticas sin nociones de integralidad y sustentabilidad, uso indiscriminado de productos para el control de plagas y enfermedades, bajas nociones en el uso eficiente del recurso hídrico para las actividades agrícolas y pecuarias. Cultivos intercalados sin arreglos espaciales técnicos, altas cargas de animales sobre los potreros que evidencian la baja tecnología en los procesos, desprotección evidente de microcuencas y nacimientos de agua por parte de algunos pobladores.

Los promedios de producción citados son tomados como base lineal y directa para los cálculos de producción en los diferentes cultivos, muy desacertados y sin tomar como base la condición técnica, agronómica y administrativa en la que se encuentran (edad, densidad, variedad, raza, semilla, requerimientos nutricionales, condición de sombra, semi sombra o sol, área, topografía y pendiente entre otros) ya que todos administran de manera diferente.

En la diligencia de contradicción del dictamen pericial rendido por el ingeniero agrónomo Marco Aurelio Villegas Arenas³³⁸, explicó que la

³³⁸ Minuto 9:05 a 3:55:04 del audio obrante en el archivo n° 015 del cuaderno 009 del expediente

construcción del túnel no representó afectación a los sistemas productivos de los demandantes, por cuanto no hay cambio en el uso del suelo, el cual sigue siendo apto para la actividad agropecuaria y, por ende, no hay pérdidas económicas en los predios.

Precisó que la anterior conclusión radica en los siguientes aspectos: **i)** muchas de las áreas no están en el polígono del área de influencia citado en la demanda; **ii)** las áreas reportadas no corresponden a las establecidas satelitalmente; **iii)** todas las áreas no son cultivos en plena producción ni de alta tecnificación; **iv)** más del 70% de los productores venden el café mojado, esto es, que no lo benefician en la finca sino en la federación, lo que significa que tampoco estaban gastando agua para esa labor; **v)** en las fotos se evidencia que hay pasto, otra cosa es que no sea tecnificado; **vi)** para el lucro cesante se habla sólo de ingresos, como si no se necesitara una inversión para cada cultivo; **vii)** el ganado y cerdos también se relacionan sin costos; **viii)** las ganancias no pueden ser las mismas porque los cultivos no son altamente tecnificados; y **ix)** el perito hizo toma de suelos y se evidenció que no hay desgaste progresivo del suelo y es el ideal para los cultivos.

Añadió que con el peritaje de la parte actora se está sobredimensionando la actividad y productividad de cada uno de los predios; y que los datos obtenidos corresponden netamente a la información suministrada por los mismos accionantes.

oo) Dictamen pericial aportado por CORPOCALDAS

Con la contestación de la demanda, CORPOCALDAS allegó Informe de valoración psicológica como consecuencia de la construcción de la obra hidroeléctrica El Edén³³⁹, elaborado por la psicóloga Angélica María González Martínez en mayo de 2018. Dicho dictamen tuvo como objeto analizar el peritaje presentado por la psicóloga Luz María Gómez de Montoya.

De las conclusiones del referido informe se extrae que en criterio de la psicóloga Angélica María González Martínez, el dictamen elaborado por la también psicóloga Luz María Gómez de Montoya, resulta ser incompleto, desestructurado e inconcluso, en tanto carece de soportes (entrevistas, pruebas psicológicas aplicadas y registros de consentimiento informado); la estructura, metodología y contenido son incompletos; y no tiene análisis de resultados e interpretación diagnóstica adecuados.

digital.

³³⁹ Páginas 1 a 138 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

Cuestionó que ante la aplicación de dos tipos de test (depresión y ansiedad) los resultados fueran inconsistentes frente a la misma persona evaluada; que personas con nivel de escolaridad de bachillerato y universidad marcaran algún tipo de deterioro cognitivo; y que los resultados no concordaran con la ficha técnica en la prueba de síntomas de estrés.

Adujo que el dictamen no proporciona un diagnóstico claro individual y menos a nivel de la comunidad evaluada, pues se basó en descripciones subjetivas y emocionales de la población, sin utilizar estadísticas ni sustentación cuantitativa para evaluar el impacto de la población. Además, expuso que no se incluyen datos y evidencia de las afectaciones físicas y emocionales de la comunidad ni se evalúa y sustenta la presencia de estrés postraumático. Mencionó que tampoco se aplicaron escalas de ansiedad y depresión infantil para evaluar dichas condiciones en la población dictaminada.

Refirió en su informe que la psicóloga Luz María Gómez de Montoya no tuvo en cuenta que para cuando se realizó la evaluación, la mayoría de las fuentes hídricas ya se habían recuperado, lo cual podía afectar la validez de los resultados relacionados con el estado emocional y la salud física de la comunidad.

Sostuvo que el soporte teórico utilizado no cumple los estándares científicos necesarios e incluye referencias de fuentes no científicas sin una adecuada fundamentación.

Indicó que el informe no proporciona pruebas concluyentes de una causalidad médica epidemiológica entre la falta de agua y los problemas de salud física mencionados por los habitantes.

Señaló que no se establecieron protocolos claros para la aplicación de los instrumentos y no se aplicaron a la totalidad de la población; además de lo cual, el número de registros no fue suficiente para obtener una muestra válida y representativa, y no se explicó el criterio de selección de los participantes.

Manifestó que las conclusiones del dictamen se basan en argumentos casuísticos en lugar de un análisis estadístico de las pruebas.

Finalmente afirmó que en el dictamen no se encontraron afectaciones graves o severas, lo cual contradice los criterios de comunalidad y tipicidad necesarios para respaldar la demanda.

En la diligencia de contradicción del dictamen pericial rendido por la psicóloga Angélica María González Martínez³⁴⁰, reiteró que el peritaje aportado por la parte actora es incompleto, desestructurado, inconcluso, sin la rigurosidad científica requerida y apartado del protocolo y de la guía establecida por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para este tipo de pruebas; lo que impide afirmar que la población del corregimiento de Bolivia –que no fue valorada en su totalidad–, presente algún tipo de afectación psicológica en razón de la construcción del túnel y del supuesto desabastecimiento de agua, y tampoco un problema de salud pública, pues al analizar los estudios epidemiológicos de la Dirección Territorial de Salud de Caldas se advierte que las consultas no están relacionadas con deshidratación o intoxicación o asuntos de salud mental.

pp) Testimonios rendidos en el marco de este proceso judicial

En el trámite de este asunto, se recibieron 13 declaraciones, de las cuales se extrae lo que se indica a continuación, por considerarlo relevante para la decisión del problema jurídico planteado en este caso.

En este punto debe indicar este Tribunal que aun cuando varios de los testimonios recibidos fueron tachados por sospecha por el apoderado de la parte actora, tal circunstancia no impide la valoración de los mismos sino que exige que ésta sea más rigurosa por parte del Juez de conocimiento, confrontándolos con las demás pruebas obrantes en el proceso y atendiendo las reglas de la sana crítica³⁴¹.

Con base en lo anterior, la Sala precisa que no observa que las declaraciones de los señores Adriana Mercedes Martínez Gómez³⁴², Paola Alejandra Vásquez Cardona³⁴³, Luis Alfonso Botero Gómez³⁴⁴, Luis Humberto González Bedoya³⁴⁵, Raúl Jiménez García³⁴⁶ y Andrés Fernando Ramírez

³⁴⁰ Minuto 5:00 a finalizar el primer audio obrante en el archivo n° 030 del cuaderno 008 del expediente digital, y segundo audio ibidem hasta el minuto 32:00.

³⁴¹ Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en providencia del 14 de julio de 2016 (Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, radicación número: 41001-23-31-000-1999-00987-01 (36932)).

³⁴² Minuto 7:00 a 1:58:19 del primer audio obrante en el archivo n° 024 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁴³ Minuto 00:01 a 1:15:35 del segundo audio obrante en el archivo n° 024 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁴⁴ Minuto 00:01 a 1:40:27 del cuarto audio obrante en el archivo n° 026 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁴⁵ Minuto 9:42 a 1:30:49 del audio obrante en el archivo n° 013 del cuaderno 009 del expediente digital.

³⁴⁶ Minuto 1:42:43 a 3:55:52 del audio obrante en el archivo n° 013 del cuaderno 009 del expediente digital.

Baena³⁴⁷, fueran parcializadas o que incurrieran en vacilaciones o expresiones que denotaran ánimo revanchista o sesgado frente a los accionantes; y aunque eventualmente pudiera pensarse que tienen algún interés indirecto en razón de la dependencia laboral que tuvieron o tienen con las entidades demandadas, lo cierto es que se observa que ello no se dejó traslucir en sus declaraciones, que además fueron coherentes, congruentes y concordantes con los otros medios de prueba allegados.

Precisado lo anterior, prosigue el Tribunal con el análisis de la prueba testimonial recaudadas en este proceso:

- Adriana Mercedes Martínez Gómez³⁴⁸. Geóloga. Subdirectora de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS desde el año 2016:
 - La licencia ambiental no garantiza la ausencia de impactos, sino que busca identificarlos, caracterizarlos, definirlos y cuantificarlos, proponiendo medidas para prevenirlos, mitigarlos, controlarlos, corregirlos o compensarlos.
 - El proyecto tenía un alto conflicto socioambiental derivado de algunos impactos ambientales que se habían presentado durante el proceso de construcción.
 - Había incertidumbre técnica en punto a si los impactos ambientales presentados eran del proyecto o por las condiciones climáticas de 2016.
 - Ante esa incertidumbre técnica, CORPOCALDAS exigió medidas de plan de manejo e incluso abrió procesos sancionatorios e impuso medidas preventivas.
 - A raíz de los impactos presentados durante el desarrollo del proyecto, CORPOCALDAS solicitó estudios de impacto ambiental adicionales y exigió medidas de manejo ambiental adicionales.
 - CORPOCALDAS generó estrategias internas para evaluar la evolución de los impactos ambientales.
 - El proyecto mejoró las vías de acceso y el suministro de agua en la zona.
 - CORPOCALDAS ha realizado seguimiento a los cuerpos de agua en el corregimiento de Bolivia desde 2019, pero no en todos porque los propietarios han negado acceso para realizar el aforo.

³⁴⁷ Minuto 2:46 a 2:40:19 del tercer audio obrante en el archivo n° 005 del cuaderno 010 del expediente digital.

³⁴⁸ Minuto 7:00 a 1:58:19 del primer audio obrante en el archivo n° 024 del cuaderno 008 del expediente digital.

- La mayoría de los cuerpos de agua que se secaron en 2016 o que tuvieron disminución de caudal en la misma época, hoy en día cuentan con disponibilidad de agua; al punto que algunos habitantes han legalizado el uso de esa agua.
- La empresa construyó líneas de acueducto y ofreció pagar la factura de los predios que se vieron afectados por la disminución de los cuerpos de agua.
- Algunas líneas de acueducto hechas por la hidroeléctrica no llegaron a todos los propietarios, por cuanto algunos de éstos no lo permitieron.
- La mayoría de los propietarios de predios no tenían concesión de aguas.
- En el año 2016 se presentó un fenómeno climático en todo el departamento, razón por la cual no puede asegurarse que los impactos generados, específicamente el secamiento de cauces como los de La Costa, La Balastrea y Patio Bonito, tuviera que ver únicamente con el proyecto.
- Los estudios hidrogeológicos de detalle pedidos adicionalmente a la empresa demostraron que genéticamente las aguas subterráneas no correspondían a las aguas superficiales, por lo que técnicamente se logró demostrar que las aguas que estaban siendo infiltradas en el túnel no correspondían a aguas superficiales.
- Los cauces se secaron en algunos puntos, pero también se han recuperado.
- Un estudio hidrogeológico conceptual meramente observacional no es certero porque no tiene mediciones de campo.
- El modelo hidrogeológico realizado por el titular de la licencia incluyó pruebas piezométricas y detalles de campo.
- Debido a que las infiltraciones fueron mayores a las previstas inicialmente, CORPOCALDAS solicitó implementar medidas adicionales, tales como la impermeabilización de zonas dentro del túnel.
- No se identificaron impactos negativos en la capacidad productiva de los predios. La producción agropecuaria sigue siendo la misma.
- Las mejoras hechas en el acueducto garantizan el suministro de agua a los predios que en su momento no tenían disponibilidad en los nacimientos.
- Al haberse recuperado el caudal de las fuentes hídricas, los predios cuentan tanto con agua de nacimiento como de acueducto.
- Los acueductos rurales no están potabilizados, pero tienen mejores condiciones del agua que se toma directamente del nacimiento.

- La cantidad de agua suministrada era suficiente para uso doméstico y productivo.
 - En algunos casos, los usuarios hicieron mal uso del agua de acueducto, superando los módulos de consumo previstos por CORPOCALDAS.
 - Se desconoce si la comunidad se quejó del recurso hídrico antes de la construcción del túnel.
 - Los impactos ambientales denunciados por la comunidad eran tres: que estaba saliendo mucha agua del túnel, que los cuerpos de agua estaban empezando a disminuir su caudal o se habían secado, y que había contaminación de las aguas que salían del túnel.
 - Por principio de precaución se suspendió el proyecto hasta tanto se determinara la relación genética entre las aguas subterráneas de infiltración del túnel y las aguas superficiales. Al establecer que no existía relación, se levantó la medida y se ordenaron unas medidas adicionales.
 - La situación de los caudales es cambiante.
 - El exceso de infiltración generó un proceso sancionatorio ambiental.
- Paola Alejandra Vásquez Cardona³⁴⁹. Geóloga. Profesional Especializada de la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental de CORPOCALDAS desde 2009:
- El modelo hidrogeológico conceptual es una esquematización de cómo funcionan las aguas en la zona, tanto las superficiales como las subterráneas, a partir de lo cual se definen las acciones a tomar con el plan de manejo ambiental.
 - El modelo hidrogeológico conceptual y numérico presentado por la empresa cumplía los requerimientos para este tipo de proyectos y era de mejor calidad que la requerida en los términos de referencia.
 - Los piezómetros corresponden a pozos de monitoreo en cada uno de los tipos de roca, instalados para medir los niveles y tomar muestras de agua.
 - Con el estudio hidrogeológico allegado por la empresa se estableció que no había comunicación o conexidad entre las aguas superficiales y las subterráneas, porque mostró la antigüedad de las aguas infiltradas.

³⁴⁹ Minuto 00:01 a 1:15:35 del segundo audio obrante en el archivo n° 024 del cuaderno 008 del expediente digital.

- Las pruebas isotópicas de las aguas subterráneas dieron más precisión y refinaron el modelo.
 - Un modelo que tiene mediciones de campo, entre otras pruebas, va a ser más preciso que un modelo conceptual meramente observacional.
 - El secamiento de puntos en algunos sectores para los años 2015 a 2017 en el corregimiento de Bolivia no se puede atribuir con grado científico de certeza al proyecto hidroeléctrico, tal como lo demuestra el modelo hidrogeológico.
 - Los nacimientos dependen del agua lluvia que se infiltra, esto es, están sujetos a la precipitación.
 - Para la época en que se reportó el desabastecimiento justamente se estaba presentando el fenómeno del niño.
 - Antes de conceder la licencia ya se tenía un modelo hidrogeológico conceptual, que al refinarse con ocasión del evento de infiltración que generó el requerimiento adicional.
- Luis Gabriel Díaz Ramírez³⁵⁰. Geólogo. Tuvo vínculo laboral con la Central Hidroeléctrica El Edén, por lo cual, en enero de 2014 estuvo en el proceso de construcción del túnel en el 80% del proceso constructivo.
- Durante el avance de la construcción subterránea, al excavar macizos rocosos de muchos años, encontraron ciertos aportes de agua infiltrados a lo largo de la excavación, especialmente sobre el portal de salida del túnel, que dieron lugar a tratamientos de preinyección para controlar la infiltración al interior del túnel.
 - En un modelo hidrogeológico conceptual y numérico se demostró que no había ninguna relación entre las aguas superficiales y las subterráneas que se infiltraban, por lo que no hay incidencia de éstas en la disminución de caudales.
 - Las fuentes superficiales dependen directamente del ciclo hidrológico, o sea, del aumento o disminución de las precipitaciones.
 - Antes de la construcción del túnel, los manantiales disminuían su caudal en temporadas de sequía.
 - Era imposible que hubiera habido una conexión hidráulica con los manantiales superficiales, incluso por la misma profundidad del túnel.
 - Se instalaron piezómetros para calibrar ese modelo hidrogeológico, esto es, se hicieron perforaciones cortas en la superficie donde se acumula agua.

³⁵⁰ Minuto 6:24 a 2:33:33 del primer audio obrante en el archivo n° 026 del cuaderno 008 del expediente digital.

- Con los tres análisis hechos, los isotópicos, químicos y piezométricos, se logró demostrar que no había conexión hidráulica.
 - Es imposible que en los macizos rocosos de la cordillera central no haya filtración de agua.
 - Hubo temporada de verano muy fuerte que afectó o disminuyó el caudal de varios ríos, quebradas y manantiales.
 - Para la etapa constructiva, La Balastrea no tenía caudal.
 - Las infiltraciones no fueron constantes en todos los sectores, a veces era sólo humedad.
 - Por la existencia de cenizas en el terreno, las aguas lluvias no se filtraban hacia el macizo rocoso.
 - Con toda obra, como la construcción del túnel, se producen impactos ambientales, y por eso se hace un plan de manejo ambiental.
 - No hubo impactos ambientales a las fuentes superficiales.
 - Debido al desabastecimiento de agua por la sequía, la empresa solicitó la extensión del acueducto de Bolivia, y se hicieron los tratamientos de inyección para evitar la infiltración de aguas en el túnel, aun cuando esto no tenía nada que ver con las superficiales.
- Juan Pablo Ángel Pérez³⁵¹. Ingeniero Civil. Tuvo vínculo contractual con la Central Hidroeléctrica El Edén, en la cual laboró desde marzo de 2013 hasta diciembre de 2017 o enero de 2018. Hacía parte de una de las empresas socias:
- Como parte de los planes de contingencia activados por la hidroeléctrica, se extendieron o ampliaron los acueductos de Bolivia y de La Soledad, con lo cual abastecieron a la población todo el año 2015 e incluso en la actualidad.
 - El descontento de la gente continuó incluso después de que el túnel se construyó y entró en operación.
 - Se hicieron varias pruebas para tener exactitud de si las aguas subterráneas tenían conexión con las aguas superficiales. Acudieron a pruebas hidrogeoquímicas y a la isotopía. Los piezómetros confirmaron el modelo hidrogeológico.
 - De ninguna manera un modelo hidrogeológico observacional va a tener más certeza que uno conceptual y numérico.
 - Nunca hubo secamiento de cauces, sólo disminuyeron en algunas zonas.

³⁵¹ Minuto 00:25 a finalizar el segundo audio obrante en el archivo nº 026 del cuaderno 008 del expediente digital, y desde el inicio del tercer audio ibidem hasta el minuto 52:54.

- En 2014 y 2015, e incluso en 2016, hubo una época muy seca en el país que hizo que el nivel de las aguas bajara por la ausencia de las aguas lluvias.
 - La disminución de aguas no tuvo relación con la construcción del túnel, conforme lo demostró el modelo hidrogeológico.
 - En la vereda Patio Bonito hubo gran impacto por el descenso de caudales, lo que llevó a que la empresa se comprometiera a pagar la factura de los usuarios.
 - El agua suministrada a los usuarios no tenía ninguna restricción; pero hubo discusiones en las que analizaron el exceso en el consumo más allá de lo que era necesario.
 - La zona siguió con su dinámica económica normal.
 - El plan de contingencia no fue fácil de implementar porque la comunidad se opuso a ello.
 - Inicialmente tuvieron que suministrar agua potable con carrotanque porque AUSCOLBOL no accedió a la acometida del acueducto.
 - El estudio presentado para la licencia ambiental fue un modelo conceptual y numérico bastante sencillo y simple que cumplía todos los requerimientos exigidos por la autoridad ambiental en su momento. Con el nuevo modelo hidrogeológico conceptual y numérico realizado con estándares muy rigurosos, se dio claridad sobre las aguas de infiltración del túnel y su incidencia en las aguas superficiales.
 - Por principio de precaución CORPOCALDAS ordenó la suspensión de las obras.
 - Cualquier obra tiene impactos ambientales.
 - En la construcción del túnel hubo impactos ambientales, tanto positivos como negativos, tales como: modificación del paisaje, curso de aguas, vertimientos, emisión de material particulado y todo lo que conlleva una obra.
 - El impacto máximo correspondía a las aguas superficiales, pero está claro que aquel no sucedió.
- Luis Alfonso Botero Gómez³⁵². Administrador de empresas agropecuarias. Profesional Especializado del Grupo de Licencias Ambientales de CORPOCALDAS desde 2015 a la fecha:
- Al iniciar el proyecto, las zonas estaban altamente antropizadas, con bajas forestales muy disminuidas y diezmadas, y con rondas hídricas también muy diezmadas por la intervención antrópica por

³⁵² Minuto 00:01 a 1:40:27 del cuarto audio obrante en el archivo n° 026 del cuaderno 008 del expediente digital.

las actividades agrícolas y pecuarias desarrolladas y que se desarrollan en el área de influencia.

- La hidroeléctrica hizo una compensación de cobertura vegetal de 49.1 hectáreas, en cumplimiento del plan de manejo ambiental.
 - El plan de inversión forzosa se realizó con el acueducto de Bolivia y con la adquisición de predios en la parte alta del río La Miel.
 - La empresa sobrepasó el plan de compensación que se exige para estos casos.
 - En un momento hubo temor por la desaparición de tres especies (rana endémica, salamandra y reptil), ya que en uno de los monitoreos se empezó a advertir disminución, pero en monitoreos posteriores se vio la recuperación de estas especies y, de hecho, se han encontrado otras especies de interés.
 - Los servicios ecosistémicos, tanto de aprovisionamiento (el agua) como de regulación, soporte y cultural, se han enriquecido.
 - Son terrenos altamente productivos. Tienen condiciones agropecuarias óptimas, e incluso mejores que las de antes, porque se está garantizando que el suelo sea de alta calidad.
 - Los impactos que se generaron quedaron completamente compensados.
 - Los cuerpos de agua disminuyeron por el fenómeno del niño y, con ello, la presencia de algunas especies.
 - No se evidenciaron muerte de animales y pérdida de cultivos con ocasión del desarrollo del proyecto.
 - Hubo broca en las hectáreas adquiridas por la empresa por la no recolección de café, pero la autoridad ambiental requirió a la sociedad adoptar las medidas pertinentes para no afectar a los predios vecinos.
 - Desde el punto de vista del medio biótico se recuperaron la gran mayoría de manantiales, por la existencia de riqueza en esa materia.
 - Hay recuperación de los sistemas acuáticos y de las fajas protectoras.
- Sandra Aranzazu Gutiérrez³⁵³. Psicóloga. Labora con LATINCO S.A. y trabajó en el proyecto El Edén en enero de 2014 y hasta 2015 como encargada del cumplimiento del componente social:
- La comunidad estaba prevenida con el tema de la construcción y traían a colación experiencias negativas con otros proyectos.

³⁵³ Minuto 6:36 a finalizar el primer audio obrante en el archivo nº 028 del cuaderno 008 del expediente digital, y segundo audio ibidem hasta el minuto 13:35.

- Con ocasión del proyecto no se evidenciaron afectaciones a la salud mental de las personas.
- No se presentó desabastecimiento del recurso hídrico con ocasión de la construcción del proyecto.
- No hay claridad de que la disminución de las aguas se debiera a la construcción del proyecto o al fenómeno del niño.
- La hidroeléctrica donó mangueras y tanques; al tiempo que amplió redes de acueductos, sin que ello tuviera costo alguno para los beneficiarios.
- Se fortaleció la oferta de recurso hídrico a veredas que antes no la tenían y menos de manera potable.
- No hubo un evento catastrófico que generara un estrés postraumático.
- Un estrés postraumático no puede ser colectivo, sino que debe analizarse individualmente.
- No puede afirmarse que la comunidad tiene ansiedad si no se hacen análisis individuales.
- A través de unas muestras recolectadas con rigurosidad, se podría decir que habría algún padecimiento psicológico colectivo, pero esas muestras deben estar justificadas en la historia clínica.
- Si se va a realizar un diagnóstico colectivo, necesariamente deben analizarse muchas muestras y seguir rigurosidad; adicionalmente deben guardar relación con los indicadores de salud pública mental.
- Las quejas de la comunidad por disminución de las fuentes superficiales aledañas a las veredas fueron atendidas suministrando información, haciendo reuniones en compañía de ingeniero ambiental y geólogo para explicar el fenómeno del niño y el modelo hidrogeológico, y midiendo los caudales.
- El impacto del empleo fue muy positivo porque tuvieron la posibilidad de tener un salario, prestaciones sociales y estabilidad laboral que les ayudó a reforzar su calidad de vida.
- Uno de los habitantes de los sectores de La Balastrea y La Soledad, de nombre Antonio, impidió el transporte del agua hasta su predio y hacia el de otros propietarios, por considerar que si recibía acueducto aceptaba que no había sido afectado; e incluso dañaba las conexiones de sus vecinos para que tuvieran el servicio de agua.
- Antes de la construcción la gente se abastecía directamente de las fuentes superficiales a través de mangueras y acueductos rudimentarios.
- La gente no se quejaba por disminución de producción con ocasión de la construcción del túnel.

- La hidroeléctrica organizó vías veredales.
 - Las quejas relacionadas con el agua provenían más que todo de La Soledad y Patio Bonito.
 - El caudal de la quebrada en Patio Bonito era fluctuante, porque un día estaba disminuida y luego tenía más agua después de haber llovido.
 - La Soledad no tenía queja por la falta de agua, pero se complementó el acueducto.
 - La hidroeléctrica pagó la construcción del acueducto y asumió también el valor de las facturas.
 - En ningún momento hubo una disminución intempestiva del agua, esto fue paulatino y la comunidad lo ponía en conocimiento.
 - El desabastecimiento de agua no genera impactos en la salud mental.
- Óscar Alexander Varila Quiroga³⁵⁴. Ingeniero ambiental. Magíster en ingeniería hidráulica y medio ambiente. Funcionario público de la ANLA desde hace 3 años en calidad de evaluador de proyectos técnicos desde el punto de vista ambiental:
- El modelo hidrogeológico numérico elaborado en 2015 como trabajo de grado de una maestría consistió en determinar cuáles eran los impactos ambientales asociados a obras subterráneas como el túnel de El Edén.
 - Los dos impactos primordiales identificados fueron: la posibilidad de que se presentara un abatimiento de los niveles freáticos del acuífero y que esto conllevara a una modificación de la dinámica natural de los acuíferos que constituyen una fuente de alimentación de los cauces de agua superficial.
 - Se simuló el escenario más crítico, esto es, que en la perforación del túnel no se llevaran a cabo medidas de manejo para el control o la mitigación de los impactos identificados, tales como la impermeabilización para detener el drenaje de las aguas subterráneas al interior de la excavación.
 - De realizarse medidas de manejo y control de los impactos, ninguna de las quebradas implicadas, tanto en la cuenca del río Salado como del río La Miel, iban a secarse por completo debido a la influencia del túnel.
 - Los modelos numéricos parten de modelos conceptuales. Un modelo conceptual básicamente es una hipótesis de cómo es el funcionamiento de un sistema natural. Cuando se tiene el modelo

³⁵⁴ Minuto 9:33 a 1:19:42 del audio obrante en el archivo n° 033 del cuaderno 008 del expediente digital.

conceptual, esa hipótesis puede sostenerse a través de un modelo numérico que expresa en términos matemáticos el funcionamiento o proceso natural.

- Un modelo numérico hidrogeológico es una herramienta numérica que permite simular un sistema acuífero o un sistema hidrogeológico, determinando dónde están posicionados los niveles del agua subterránea dentro del acuífero, hacia dónde se está moviendo el agua, cuáles constituyen esas zonas de descarga de las aguas subterráneas y dónde se está recargando el sistema. Básicamente señala en términos matemáticos y numéricos cómo es el funcionamiento de un acuífero en su interior.
- Los modelos numéricos tienen un alto grado de incertidumbre, por lo cual se recomienda que el modelo predictivo se calibre a medida que avanza la obra, con el fin de tener una herramienta más sólida para determinar los posibles efectos que se pueden generar sobre un sistema acuífero debido a una obra.
- El trabajo de modelación efectuado en ningún momento señala la afectación de los cuerpos de agua superficial a corto plazo.
- Los impactos que tendrían lugar debido a los efectos que ocasiona el drenaje del túnel, no se verían en ningún momento a corto plazo, sino que se manifestarían o podrían manifestarse a mediano y largo plazo.
- Los trabajos de impermeabilización del túnel disminuyen en gran medida los impactos potenciales identificado con el escenario más crítico de simulación.
- Ninguna de las quebradas de las cuencas El Salado y La Miel van a secarse por completo ni a corto, mediano y largo plazo. El único efecto potencial que se vería a largo plazo es que luego de 50 años, algunos manantiales muy puntuales localizados sobre las rocas metamórficas, podrían verse influenciados o afectados en el sentido que sus caudales naturales se verían disminuidos hasta cierto punto.
- Los modelos numéricos son simplificaciones de un sistema y que pueden llegar a funcionar como herramientas de predicción; sin embargo, no son herramientas completamente certeras y que ofrezcan resultados 100% precisos. En esa medida, se requiere que esos modelos sean ajustados con la información que se recoge mediante la construcción de la obra, es decir, en este caso la excavación del túnel, para tener una herramienta suficientemente sólida para la toma de decisiones.
- Precisó que con este tipo de herramientas se pueden tomar medidas de manejo adecuadas para mitigar o minimizar los impactos potenciales, siendo de vital importancia el programa de

seguimiento y monitoreo, que es donde efectivamente se pueden ver manifestados los impactos de manera física y real, y determinarse si la obra está ocasionando un efecto negativo sobre los acuíferos o sobre los cauces de agua superficial.

- El modelo hidrogeológico numérico se construyó a partir de información secundaria, principalmente el estudio hidrogeológico elaborado por HIDROGEOCOL en el año 2014, en el cual se describen todos los acuíferos de la zona, sus propiedades hídricas y sus propiedades litológicas.
 - Los resultados numéricos de los modelos hidrogeológicos de HIDROGEOCOL y el de tesis de maestría, son muy similares entre sí, pero el primero plantea un escenario de simulación de influencia del túnel sobre el sistema acuífero a corto y mediano plazo, es decir, a 4 años de simulación, mientras que el otro ejercicio corresponde a un análisis a 50 años.
 - El túnel no ejerce un impacto a corto plazo sobre los acuíferos y sobre los cauces de agua superficial.
 - Las medidas de impermeabilización y contención de las aguas de infiltración al interior del túnel se traducen en una disminución o una mitigación del impacto de gran importancia.
 - Al implementar los trabajos de impermeabilización, ninguna de las quebradas tendría un efecto negativo a corto, mediano y largo plazo, esto es, no se llegarían a secar en ningún momento todas las corrientes. Las cuencas de los ríos Salado y La Miel mantienen sus caudales de estiaje, de verano, que básicamente son provenientes del acuífero.
 - Los modelos numéricos no tienen la capacidad de predecir al 100% lo que va a suceder en un futuro, sino que ofrece elementos para la toma de decisiones y para entender hasta cierto grado cómo se va a manifestar el impacto y la magnitud de éste.
 - La sociedad BIOOS hizo mal uso de su tesis de maestría.
- Luis Humberto González Bedoya³⁵⁵. Habitante de la vereda La Soledad Baja del corregimiento de Bolivia. Guardabosque de la Central Hidroeléctrica El Edén desde el 1º de junio de 2016:
- En 2014 o 2015 se secó la quebrada La Balastrera, pero no en toda su extensión sino sólo en el punto 1 de 4 puntos. En la parte baja, nunca faltó el agua.
 - Fue de los primeros afectados junto a otras 4 familias. La empresa de inmediato activó el plan de contingencia.

³⁵⁵ Minuto 9:42 a 1:30:49 del audio obrante en el archivo n° 013 del cuaderno 009 del expediente digital.

- La empresa instaló 5.5 km de tubería desde Bolivia hasta Cerro Bravo y luego hasta El Higuerón y la parte baja, para surtir agua.
- En La Balastrea, el agua va y viene cada 4 o 5 meses.
- Cada 8 días se hacen aforos a La Balastrea.
- El agua en esa quebrada volvió el 30 de noviembre de 2020 y ha estado continua.
- El último aforo fue de 10 litros por 2 segundos.
- La empresa hizo plan de contingencia con mangueras, y además con una fuente alterna.
- El corregimiento siempre se negó a colaborar para el suministro de agua. Hubo muchos inconvenientes para extender el acueducto, porque muchos propietarios no querían dar autorización para pasar las redes del acueducto, ya que estaban buscando demandar, sobretodo Antonio Sánchez y William Atehortúa.
- No hubo problemas con el cultivo de café por desabastecimiento de agua.
- La zona no ha perdido su vocación agropecuaria, incluso ahora tiene mucho más valor por la carretera que hizo la empresa y que ayudó a las personas a que sacaran el café de sus fincas.
- En la zona, además del café, ha existido la caña, el ganado, los cerdos.
- Esas actividades no se han afectado, antes se han mejorado.
- Las fuentes de agua que se secaron ya volvieron en un 98%, y la producción está muy bien.
- No ha habido conocimiento de que alguna familia se hubiera desplazado por desabastecimiento de agua.
- En Las Brisas y El Bosque nunca ha faltado el agua. El Bosque tuvo unos días sin agua, pero continuaron las fuentes alternas.
- Para el 2010 hubo mucho invierno. Para la época de secamiento de cauces, esto es, 2013 a 2015, hubo sequía impresionante a nivel nacional.
- Han llegado muchas especies nuevas a la zona.
- En las franjas cercanas a La Balastrea no había cobertura vegetal, porque los mismos habitantes la destruían para sembrar café.
- Con la regeneración de bosques las aguas son abundantes.
- Las extensiones de acueducto han permanecido así se hubieran recuperado los caudales.
- Las condiciones de acceso al agua han mejorado porque ahora es apta para el consumo humano en mangueras de alta presión. Es un mejoramiento del 95 al 100%.
- El caudal suministrado ha sido suficiente para hacer el uso agrícola.

- Para la misma época que se secó La Balastrera, unos meses después, se secó otro punto en La Costa parte alta, y aunque el agua no volvió en ese punto, en la parte baja sí siguió normal. También se secó la parte alta de un punto que denominan la quebrada de los Correa, pero en la parte baja continuó normal.
 - Antes del proyecto, los habitantes de La Costa Alta tenían que racionar el agua porque se mermaba.
 - Previo a la construcción del túnel no se hacían mediciones al caudal de La Balastrera y era suficiente para atender las necesidades de la comunidad que se abastecía de ella.
 - El acueducto fue construido en 2015 o 2016, y la empresa es quien paga el servicio.
 - Los problemas de secamiento de agua concuerdan con el tiempo en que se empezó a construir el túnel y también con los 3 años de verano intenso.
- Raúl Jiménez García³⁵⁶. Administrador de empresas. Fue director de CORPOCALDAS y tuvo vinculación con la entidad desde 2007 a 2015:
- Toda obra genera impactos ambientales.
 - En abril o mayo de 2014 llegaron quejas de la comunidad por disminución de caudales en La Balastrera.
 - La corporación pidió que se implementara un plan de contingencia.
 - Al presentarse infiltraciones mayores a las autorizadas, sumado a las quejas de la comunidad por disminución de caudales, la corporación ordenó la suspensión hasta verificar el origen de las infiltraciones.
 - El estudio hidrogeológico más detallado fue solicitado por CORPOCALDAS para resolver sobre la modificación de la licencia ambiental.
 - Cuando se estaba construyendo el proyecto se presentó el fenómeno del niño, que produjo sequía en la zona y en el país.
 - Como el estudio hidrogeológico dio certeza sobre la falta de conexidad entre las aguas infiltradas y las superficiales, se levantó la medida cautelar.
 - En diciembre de 2015 nuevamente la comunidad presentó quejas por secamiento de caudales en otro sector, lo que llevó a suspender otra vez el túnel, pero nunca se levantó dicha medida porque la empresa siguió construyendo sólo por un portal.

³⁵⁶ Minuto 1:42:43 a 3:55:52 del audio obrante en el archivo n° 013 del cuaderno 009 del expediente digital.

- A raíz de la advertencia que realizó el IDEAM, en agosto de 2015 CORPOCALDAS dio recomendaciones para el uso eficiente del recurso hídrico.
 - Algunos usuarios no dejaron instalar tanques de almacenamiento de agua.
- Ricardo Peña Hernández³⁵⁷. Ingeniero civil. Director de proyecto Miel II. Laboró con la Central Hidroeléctrica El Edén desde 2014 hasta abril de 2019:
- Comenzó a hacer seguimiento al fenómeno del niño en 2009 o 2010 por su influencia en la hidrología.
 - El fenómeno del niño es hemisférico y para Colombia representa disminución fuerte de lluvias.
 - Para el oriente de Caldas, el comportamiento de lluvias es bianual, esto es, hay dos temporadas de lluvia y dos de invierno. Los fenómenos del niño y de la niña no impiden que se den estas temporadas, sino que las acentúan mucho más.
 - Para 2008 – 2009, hubo fenómeno del niño. Luego en el 2010 – 2011 hubo un fenómeno de la niña fuerte que generó problemas en las vías del oriente de Caldas. Y hacia el 2015 – 2016 se presentó el fenómeno del niño más fuerte que se haya registrado desde 1954.
 - Con ocasión de ese fenómeno del niño, absolutamente todos los ríos bajaron sus caudales a niveles mínimos.
- Jairo Mejía Serna³⁵⁸. Economista y evaluador:
- A principios del año 2014 hizo parte de la comisión tripartita designada por el Ministerio de Minas y Energía para realizar el manual de precios unitarios para una eventual negociación con los propietarios de los predios sobre los que recayó la declaratoria de utilidad pública e interés. El estudio se presentó en el mes de abril de 2014.
 - Hay 4 metodologías para avaluar predios rurales: la de mercado, la de renta o ingresos, costos de producción y la residual.
 - La metodología hedónica no aparece establecida en la resolución 620 de 2008 del IGAC y, por lo tanto, no es una metodología que esté certificada o reglamentada.
 - La resolución 620 es obligatoria para realizar avalúos.

³⁵⁷ Minuto 5:04 a 1:04:05 del audio obrante en el archivo n° 028 del cuaderno 009 del expediente digital.

³⁵⁸ Minuto 44:51 a 1:50:56 del primer audio obrante en el archivo n° 005 del cuaderno 010 del expediente digital.

- En la resolución 620 no hay metodologías para determinar desvalorización de predios.
 - Al realizar la visita no se encontró algo que generara una pérdida de valor de los terrenos.
 - La oferta en el sector era escasa.
 - La zona es agrícola y lo que cultivan es para su propio sostenimiento, no les da para generar utilidades.
 - La metodología que utilizó para hacer el manual fue de mercado. Si no hay suficiente mercado, se acude a las encuestas en el sector. En ese caso encontraron una oferta y también realizaron encuestas.
 - Al recorrer la zona se encontraban pequeñas fuentes hídricas, conducidas por los habitantes a través de mangueras.
 - Por el solo hecho de realizar la construcción de vías se mejoran las condiciones de los predios y puede incrementar su valor.
 - Si se lleva agua potable a un predio se incrementa la calidad de vida
- Alcides Andrés Huguet Granados³⁵⁹. Geólogo. Especialista en aguas subterráneas. Dirigió el estudio hidrogeológico que presentó la Central Hidroeléctrica El Edén entre 2014 y 2015, cuando hacía parte de la firma HIDROGEOCOL:
- El estudio realizado entre los años 2014 y 2015 iba dirigido a conocer la relación que existe entre el agua subterránea, las corrientes superficiales y las aguas subterráneas que se infiltraban hacia el túnel.
 - Para ese estudio, se describió el relieve del área (geomorfología) y la geología de todo el trayecto en escala de 1 a 10.000, con base en lo cual se determinó la hidrología del área para conocer qué cantidad de agua se infiltra en cada una de las unidades geológicas que atraviesa el túnel.
 - En asocio con la hidroeléctrica y a través de piezómetros, se hizo un monitoreo del agua superficial y subterránea.
 - Se recolectaron muestras de agua en varios puntos para análisis físico químico e isotópico. Las pruebas químicas se analizaron en laboratorio de Bogotá, y las isotópicas en Canadá. Los resultados de dichas pruebas indican claramente que no existe ninguna relación entre el agua superficial de las quebradas del área que atraviesa el túnel y el agua subterránea que se infiltró en el túnel.

³⁵⁹ Minuto 1:54:24 a finalizar el primer audio obrante en el archivo nº 005 del cuaderno 010 del expediente digital, y hasta 1:33:55 del segundo audio ibidem.

- El agua que llega al túnel tiene una composición química diferente a la de las corrientes superficiales y una condición isotópica también distinta.
- La conclusión del estudio tiene grado de certeza científica, a raíz de las pruebas químicas e isotópicas.
- El túnel pasa por un gran trayecto de rocas metamórficas que hacen parte del grupo Cajamarca, y esas rocas están muy fracturadas, por lo que el flujo subterráneo tiene una distribución o una dirección muy visible y heterogénea, y a través de ellas es que llega el agua lluvia que se infiltra al fondo del túnel. El origen de las aguas que se infiltraron al túnel radica en las rocas metamórficas que almacenan agua dentro del macizo.
- El túnel, con relación a la superficie del terreno, atraviesa sectores donde esa cobertura sobre el techo del túnel es cerca de los 400 metros, y la menor llega hasta 150 metros. Para que llegue la cantidad de agua en estas rocas al túnel, las fracturas tienen que estar conectadas en ese espesor.
- El túnel también atraviesa esquistos grafitosos que son impermeables, lo que confirma que no hay relación directa con las corrientes superficiales.
- Un modelo hidrogeológico conceptual meramente observacional no tiene el mismo alcance que el conceptual y numérico realizado por HIDROGEOCOL, pues se requieren datos de campo.
- El secamiento de algunos puntos de quebradas tiene relación directa con la precipitación. El comportamiento de las aguas superficiales está supeditado a la ocurrencia de lluvias.
- El comportamiento hidrológico en la zona es bimodal, esto es, hay dos períodos secos y dos de lluvia. De conformidad con el monitoreo hecho en las corrientes superficiales, midiendo sus caudales, se observó que éstos siempre están relacionados con los períodos de lluvia y los secos. Cuando hay lluvia, aumentan los caudales, y cuando hay tiempo seco, disminuyen los caudales.
- El fenómeno del niño fue evidente para la región en el año 2014.
- Cuando se construye un túnel se puede presentar desabastecimiento de agua superficiales, en el evento que haya conexión hidráulica entre el túnel y la parte superficial donde corren sus corrientes superficiales, puede haber un efecto directo, y ese ejemplo sucedió con el túnel de La Línea que secó una quebrada, pero eso depende de las condiciones geológicas, tanto del trazado del túnel como lo que pase de ahí hacia arriba, hasta la superficie del terreno, depende del tipo de roca, de su densidad de fracturamiento, de su alta porosidad primaria, esas son las

condiciones que entonces, en todos los sitios, no va a haber ese tipo de consecuencias.

- No hay un impacto ambiental generado por la construcción del túnel en las aguas superficiales
 - Las aguas superficiales pueden recuperarse porque el flujo superficial está directamente relacionado con el ciclo hidrológico.
 - Si se hubiera conocido con anterioridad el estudio hidrogeológico no se hubiera podido mitigar o prevenir ese proceso de infiltración que se presentó en Bolivia, porque precisamente el túnel está por debajo de la superficie del terreno y sólo esa geología de la parte interna del subsuelo se conoce con exactitud en la medida en que el túnel está avanzando en su excavación.
- Andrés Fernando Ramírez Baena³⁶⁰. Geólogo. Especialista en geotecnia y especialista tecnológico en gestión de proyectos. Adscrito a la Subdirección de Evaluación y Seguimiento Ambiental del Grupo de Licencias Ambientales hace más de 7 años:
- Un proyecto a filo de agua, como el que presentó la hidroeléctrica, significa que se toma el agua en una cota del río en la parte alta, se conduce a través de la montaña para generar como una pendiente poca pero horizontal hasta un punto donde hay una caída, en esa caída es donde se genera la energía, pero el agua vuelve y retorna al mismo cauce del río. Para esto se requieren unas obras que son: un pequeño muro sobre el cauce, que se le denomina azud, a ese se le hace una desviación, llega hasta unos tanques que son unos desarenadores y después se conduce por la montaña. Esa conducción puede ser a flujo libre, a través de canales, o puede ser a través de túneles o tuberías. Para este caso la decisión era hacerlo a través de unos canales y luego a través de una tubería para llegar hasta un tanque de carga en donde se hacen otras gestiones especiales dentro de la operación hidroeléctrica, y ya se conduce a través de una tubería a presión y llega hasta la casa de máquina, donde se genera la energía, y esto se dispone libremente otra vez.
 - Para el otorgamiento de la licencia ambiental, la hidroeléctrica presentó estudio impacto ambiental con planes de manejo ambiental, de seguimiento y de contingencia.
 - En el mes de abril del año 2014 se recibieron denuncias de disminución de una fuente superficial que se denomina la quebrada La Balastrea.

³⁶⁰ Minuto 2:46 a 2:40:19 del tercer audio obrante en el archivo nº 005 del cuaderno 010 del expediente digital.

- Lo anterior generó que CORPOCALDAS realizara visitas, y en una de ellas se advirtió que en el túnel se presentó una irrupción de agua superior a la que se había permitido en la licencia ambiental.
- Ante eso, acudiendo al principio de precaución, la autoridad ambiental no sólo inició un proceso sancionatorio ambiental (expediente 6265) sino que además ordenó la suspensión provisional de las actividades que se estaban realizando en el proyecto, esto es, la construcción de la vía a casa de máquinas, la zona del depósito número 6 y el avance de los túneles de construcción por ambos frentes, es decir, por el portal salida y portal entrada.
- Con ocasión de esa suspensión provisional, se le exigió a la hidroeléctrica la realización de un nuevo modelo hidrogeológico conceptual en donde se pudiera definir qué era lo que estaba sucediendo y determinar si había una relación directa entre lo que estaba pasando en La Balastera con la irrupción de agua que hubo en el túnel. También se le solicitó que empezara a realizar todas las labores de construcción de la preinyección y nuevas labores adicionales de construcción del túnel para evitar que esa agua saliera. La autoridad ambiental exigió que se pusiera en marcha el plan de contingencia y el plan de manejo ambiental ante el desabastecimiento de agua en La Balastrera.
- La empresa realizó todas las obras requeridas, así como el modelo hidrogeológico y, además, instaló tanques y mangueras para poder llevar agua a los usuarios que estaban afectados por el desabastecimiento de la quebrada La Balastrera.
- Los seguimientos que hizo CORPOCALDAS para verificar las acciones adoptadas por la hidroeléctrica, llevaron a que en agosto de 2014 se levantara la medida de suspensión para la construcción de la vía a casa máquinas, para la zona de depósito 6 y para el portal de entrada, pero se mantuvo la del portal salida. La autoridad exigió un modelo no sólo conceptual sino numérico.
- La medida se levantó parcialmente porque el modelo hidrogeológico presentado permitía concluir que la relación que existía entre la infiltración que se estaba produciendo no tenía nada que ver con el desabastecimiento o la disminución de agua en la quebrada La Balastrera.
- Con ocasión de una acción popular, se prohibió que se dieran a conocer los informes del estudio hidrogeológico, lo que generó que no pudiera realizarse la audiencia pública ambiental conforme al Decreto 1076 de 2015 y, por lo tanto, que tampoco pudiera resolverse la solicitud de modificación de la licencia.

- A finales de 2014, la central hidroeléctrica presentó su modelo hidrogeológico numérico que corroboró el modelo conceptual. Al hacer nuevamente la evaluación, se levantó la medida de suspensión temporal, con la condición de que cada 3 días debía presentarse una información relacionada con el registro de las actividades que estaban realizando dentro del túnel.
- La construcción del túnel coincidió justo con el fenómeno del niño que en los años 2014 a 2016 fue el de más alto grado de afectación en la zona durante los últimos 60 años.
- En el año 2015 se presentó una nueva situación en la zona pero ya en el sector de Patio Bonito, en el que inició una fluctuación de los caudales de dicha quebrada, por lo que la autoridad ambiental visitó el sector de La Costa y le exigió al proyecto hacer un nuevo plan de acción que tuviera 3 componentes: de conocimiento (tenían que resolver dentro del modelo hidrogeológico, ya no sólo dentro de esa parte conceptual y numérica, sino ya algo mucho mayor, que era la isotopía ambiental), de mitigación (realizar nuevas obras adicionales dentro del túnel, ya no sólo de preinyección sino una postinyección para evitar que el agua se saliera por el frente del túnel) y de contingencia (realizar acercamientos con la asociación de usuarios del acueducto de Bolivia y llegar a acuerdos para poder llevar agua hasta las zonas en donde se presentaron los desabastecimientos, que coincidían con la etapa del fenómeno del niño, y construir e instalar tanques para llevar agua hasta los sectores de Patio Bonito, La Costa y La Balastera, e instalaron una serie de macro medidores y micro medidores, llegando a varios acuerdos con la comunidad, para los de Patio Bonito se comprometió la empresa a pagar el servicio de agua durante 50 años, a los de La Costa se les reconocería hasta que las fuentes volvieran a resurgir e incluso han vuelto a resurgir).
- La empresa realizó el análisis isotópico requerido y presentó el modelo hidrogeológico. Las muestras para el análisis isotópico fueron tomadas en la quebrada La Balastera, en el portal salida, en la quebrada 17, en Patio Bonito y La Costa, en el portal entrada y en las zonas circundantes en la parte superficial.
- Por denuncias por el manejo de aguas lluvias en la zona del depósito 6, se inició un nuevo proceso sancionatorio ambiental (expediente 6560), que se cerró posteriormente porque la empresa cumplió los requerimientos.
- En diciembre de 2015, en nueva visita a la zona se encontró que continuaba filtración un poco superior a los registros de la licencia ambiental, por lo que CORPOCALDAS suspendió la excavación

por el portal entrada, pero por el portal salida continuó la excavación y los trabajos de construcción, exigiéndosele en todo caso a la empresa la realización de registros.

- En la zona nunca se secó un cauce general. En algunos puntos se presentaron niveles de cero de agua.
- La exigencia de extender el acueducto de Bolivia y de La Soledad hacia otras zonas se hizo dentro del principio de precaución, en el marco de la responsabilidad social, y mientras se hacían los estudios, ya que así no existiera conexión entre lo sucedido y la construcción del túnel, la idea era que se pudiera hacer el plan de contingencias para suministrar agua mientras las fuentes volvían a tener su normal fluctuación después del fenómeno del niño.
- La corporación ha realizado seguimiento al cumplimiento de las acciones del plan de manejo ambiental. La hidroeléctrica ha acatado todo tipo de recomendaciones que se le han realizado.
- Como consecuencia o asociado a la ejecución del proyecto en su fase de construcción y de operación, no se ha identificado un cambio de uso del suelo o reconversión productiva como impacto socio ambiental; la vocación sigue igual, se siguen presentando los mismos cultivos de café y de caña de azúcar, está el bosque, los guaduales.
- El cauce como tal de La Balastrea nunca se secó, sólo se reportó en cero un punto en la toma de muestra de los aforos en la parte alta, que incluso ya se ha recuperado.
- Los predios son mucho más ricos en este momento y mucho más valiosos que lo que pudieron haber sido en esa época.
- En la actualidad, los habitantes tienen dos posibilidades de acceder al recurso hídrico: seguir con captación directa de las fuentes de agua, la cual no está normalizada porque no tienen concesión de agua; y la captación del acueducto.
- Los niveles pluviométricos en la zona de influencia entre marzo o abril de 2014 estaban en promedio por debajo de lo normal porque ya estaba iniciando el fenómeno del niño, el cual fue muy fuerte entre 2014 y 2016.
- Desde el 2011 se realizaron aforos en la zona evidenciando fluctuación en los caudales, pero desabastecimiento como tal no hubo. Hay puntos en los que se ha reportado nivel cero pero no el cauce.
- No se ha recuperado la totalidad de las aguas superficiales. Se ha recuperado un alto porcentaje, hay unos puntos en los que continúan bajos.

2. Generalidades de la reparación de los perjuicios causados a un grupo

Las acciones colectivas se encuentran contempladas de manera general en la Constitución Política en sus artículos 88 y 89, en los cuales se delegó al legislador la facultad de regular no sólo las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, sino también las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Fue así como la Ley 472 de 1998 estableció las condiciones para el ejercicio de ambas acciones, definiendo tanto los principios como su trámite procesal.

El artículo 46 de la Ley 472 de 1998 definió a las acciones de grupo como aquellas acciones interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas.

En lo que respecta a las acciones de grupo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha referido que éstas “(...) tiene[n] su origen en los daños ocasionados a un número plural de personas que deciden acudir ante la justicia en acción única, para obtener la respectiva reparación, y que no obstante de tratarse de intereses comunes, se puede individualizar en relación con el daño cuya indemnización se persigue”³⁶¹.

Las acciones de grupo fueron contempladas igualmente por el artículo 145 del CPACA, denominándolas como reparación de los perjuicios causados a un grupo, en los siguientes términos:

ARTÍCULO 145. REPARACIÓN DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS A UN GRUPO. *Cualquier persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales, puede solicitar en nombre del conjunto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado y el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados por la norma especial que regula la materia.*

Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.

³⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia del 31 de agosto de 2021. Radicación número: 23001-23-33-000-2012-00060-01(AG).

Ante la existencia de dos normas que regulan la acción de grupo, el Consejo de Estado precisó que³⁶²:

2. Como se aprecia, la ley 1437 de 2011 reguló algunos aspectos de la pretensión –antes acción– de grupo, de manera concreta tres tópicos claramente identificados: i) la pretensión como tal, ii) la caducidad de la misma, iii) y la competencia funcional para el conocimiento en primera y segunda instancia (artículos 145, 152 No. 16, 164 lit. h).

No obstante, en la disposición que regula la pretensión objeto de estudio (art. 145 CPACA), se determinó que el ejercicio de la misma se haría en los términos señalados por la norma especial que rige la materia, es decir, la ley 472 de 1998.

3. De modo que, respecto a los efectos de la ley en el tiempo contenidos en las leyes 57³⁶³ y 153 de 1887³⁶⁴, es posible arribar a las siguientes conclusiones: i) la ley 1437 de 2011, es una norma ordinaria general posterior que modificó una ley ordinaria especial previa en los temas enunciados; en otros términos, el CPACA subrogó o modificó tácitamente la pretensión, la caducidad y la competencia, aspectos que ahora estarán regulados en esta codificación, circunstancia por la que los restantes aspectos relacionados con este tipo de procesos permanecen desarrollados en la normativa especial, es decir, la ley 472 de 1998.

4. En esa línea de pensamiento, resulta evidente que la otrora llamada “acción de grupo”, quedó modificada en cuanto se refiere a la materia contencioso administrativa por la pretensión de grupo, la cual se deberá ejercer en los términos fijados en la ley 1437 de 2011, según la competencia y el plazo de caducidad allí contenidos. A contrario sensu, los demás temas continúan bajo el imperio de la ley especial –472 de 1998– que regula las pretensiones populares y de grupo.

En relación con las características generales de este mecanismo judicial, la Corte Constitucional³⁶⁵ ha destacado las siguientes:

En armonía con lo expuesto, es claro para esta Corte que la acción de grupo

³⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 31 de enero de 2013. Radicación número: 63001-23-33-000-2012-00034-01(AG).

³⁶³ Cita de cita: Artículo 45.- Que subrogó el artículo 10 del C.Civil.- (...) 1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general.”

³⁶⁴ Cita de cita: Artículo 2º.- La ley posterior prevalecerá sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

Artículo 3º.- Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

³⁶⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-242 de 2012.

constituye (i) una acción indemnizatoria, por cuanto tiene por objeto la reparación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos de carácter subjetivo susceptibles de valoración patrimonial; y (ii) una acción de carácter principal, que procede a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial para obtener la reparación del daño sufrido, pues precisamente el artículo 88 de la Constitución y la Ley 472 de 1998 señalan que la misma puede instaurarse “sin perjuicio de la acción individual que corresponda por la indemnización de perjuicios”.

En síntesis, esta Sala reitera (i) la relevancia de las acciones de grupo para la implementación y desarrollo del Estado constitucional de Derecho y de sus principios esenciales de solidaridad, dignidad humana, acceso a la administración de justicia y eficacia de los derechos e intereses colectivos; (ii) la importancia de la acción de grupo en cuanto a la reparación del daño ocasionado a los derechos subjetivos de un número plural de personas, en la medida en que todas ellas fueron afectadas por un evento lesivo común, que amerita un tratamiento procesal unitario, aún (sic) cuando la determinación de la reparación del daño es en principio individualizada, en razón a que lo que se protege es el daño subjetivo de cada uno de los miembros del grupo³⁶⁶; (iii) el que el trámite de estas acciones debe realizarse atendiendo a los principios constitucionales de prevalencia del derecho sustancial y de interpretación pro homine, interpretación conforme e interpretación razonable; y que (iv) la acción de grupo se caracteriza por ser una acción indemnizatoria y una acción de carácter principal³⁶⁷.

3. Elementos generales de la responsabilidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, norma que le sirve igualmente de fundamento al medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En ese sentido, para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado deben concurrir dos presupuestos: la existencia de un daño antijurídico y su imputación al Estado por la acción u omisión de autoridades públicas. Lo anterior, en armonía con lo previsto por el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)³⁶⁸, esto es, que la carga de la prueba del daño resarcible recae sobre quien lo alega.

³⁶⁶ Cita de cita: Ver Sentencias C- 569 de 2004 y C-116 de 2008.

³⁶⁷ Cita de cita: Al respecto se pueden consultar las Sentencias C-215 de 1999, C-1062 de 2000, C-569 de 2004 y C-304 de 2010.

³⁶⁸ En adelante, CGP.

4. Examen del caso concreto

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de responsabilidad del Estado, la Sala observa que ese concepto se distingue del referido al perjuicio, entendido el primero como el hecho o situación objetiva verificable con los sentidos, que lesiona de manera definitiva un derecho o interés lícito o altera su goce pacífico; el segundo corresponde al menoscabo patrimonial subjetivo sufrido por la víctima del daño y como consecuencia directa de este, que comporta su faz indemnizable.

Esa misma postura ha sido adoptada por el Consejo de Estado al señalar que *“(...) es necesario reiterar que el daño antijurídico es el primer elemento de la responsabilidad, y una vez verificada su configuración, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada, como quiera que aquél es requisito indispensable de la obligación de reparar. En ese orden de ideas, el daño, en su aspecto objetivo, debe ser entendido como la lesión de un derecho, interés o atributo de la persona, sin que exista la necesidad de relacionarlo con la actividad que lo causó, pues es una entidad fenoménica u ontológica que lejos de estar relacionado con el deber ser de las cosas, es un dato objetivo apreciable por los sentidos y, por consiguiente, una entidad natural. De allí que, la mera ocurrencia del daño y su nota de antijuricidad es el presupuesto indispensable que genera el deber de reparar. (...) La labor del juez, en principio, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, como violación a un interés legítimo, esto es, como fenómeno, como dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia, luego, aquél asume una posición axial frente al mismo, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado éste, comprobar la posibilidad de imputación o no, a la entidad demandada”* ³⁶⁹.

Es preciso recordar que en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, no basta la demostración de la ocurrencia del daño puro y simple para exigir del Estado la obligación de repararlo, sino que se requiere que el mismo sea calificado como antijurídico³⁷⁰.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente

³⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Exp. 20001-23-31-000-1998-03813-01(18451). Ver también sentencia del 19 de octubre de 2011, de la misma Corporación y Sección, con ponencia de la Dra. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

³⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de junio de 2001. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Rad. 05001-23-25-000-1992-3233-01(13233)

estructurado, por tal motivo se torna imprescindible que se acrediten los aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama, a saber: **i)** debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, como se indicó; **ii)** que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; **iii)** que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, de manera que no puede limitarse a una mera conjetura o alea.

En el caso que convoca la atención del Tribunal, conforme a lo expuesto en la demanda, el daño antijurídico alegado por la parte actora se concreta en la desaparición y/o disminución de varios cauces de agua de los que se abastecía la comunidad para consumo humano y agrícola, con ocasión de la construcción del túnel de conducción de la central hidroeléctrica El Edén, lo que a su vez generó los perjuicios señalados en el acápite de pretensiones de la demanda, materializados, entre otros, en la interrupción del suministro habitual de alimentos, en la imposibilidad de continuar desarrollando sus actividades productivas por la variación en la vocación del uso del suelo, en la presencia y aumento de enfermedades, y en el desplazamiento de algunos a otras zonas.

De conformidad con lo expuesto en el acápite de hechos acreditados en el proceso, esta Sala de Decisión considera que en este caso se encuentra demostrado el daño invocado, en el entendimiento que, paralelo a la construcción del túnel requerido para la operación y entrada en funcionamiento de la central hidroeléctrica El Edén ubicada en inmediaciones del corregimiento de Bolivia del Municipio de Pensilvania, se presentó un fenómeno de disminución en los caudales de varias quebradas y nacimientos, e incluso de secamiento de algunos puntos de dichos cauces. Así se desprende de la copiosa prueba documental y testimonial allegada, en la que se observa que desde abril de 2014 y aún para el año 2017, la comunidad del área de influencia del proyecto elevó múltiples denuncias por la afectación hídrica presentada, no sólo a CORPOCALDAS sino a otras autoridades; situación que a su vez fue corroborada por la misma corporación en diversas visitas de campo y que llevó incluso a que impusiera medidas preventivas de suspensión de la obra.

No obstante lo anterior, este Tribunal advierte que no se demostró que dicho daño tuviera relación de causalidad con el hecho generador alegado en la demanda, esto es, con la construcción del túnel que adelantaba la Central Hidroeléctrica El Edén en desarrollo de la licencia ambiental otorgada por CORPOCALDAS.

En efecto, según quedó ampliamente señalado en el acápite de hechos

probados, particularmente cuando se hizo referencia al estudio hidrogeológico conceptual y numérico realizado por HIDROGEOCOL (literal w) del acápite de hechos probados), en concordancia con los testimonios de los señores Alcides Andrés Huguet Granados, Paola Alejandra Vásquez Cardona y Andrés Fernando Ramírez Baena (literal pp) del mismo apartado), se demostró de manera científica que las aguas superficiales que resultaron afectadas en algunas veredas del corregimiento de Bolivia, no tenían conexión hidráulica con las aguas subterráneas que se infiltraron en el túnel, lo que impide que el daño pueda ser imputado fáctica y jurídicamente a alguna de las entidades accionadas.

Aun cuando la parte actora se esforzó en establecer a través del dictamen elaborado por el geólogo Alberto Lobo Guerrero Uscátegui, que la afectación al recurso hídrico se produjo como consecuencia de las actividades realizadas por la central hidroeléctrica y por la supuesta omisión de CORPOCALDAS y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en la ejecución de sus funciones, lo cierto es que dicho peritaje no brinda la certeza requerida por este Tribunal para corroborar la teoría de los accionantes, debido a que se trató de un estudio meramente observacional, sin respaldo de pruebas hidrogeoquímicas e isotópicas, efectuado por un profesional que no acreditó conocimientos específicos en hidrogeología, y que justamente en la contradicción del dictamen fue evasivo y reticente al responder, y se negó en múltiples ocasiones a dar explicaciones detalladas sobre su experticia, generando con ello un manto de duda sobre su real participación en el estudio elaborado; todo lo cual impide desvirtuar el realizado por la firma HIDROGEOCOL y del cual se extrae que la ocurrencia del daño tuvo su génesis en la temporada seca causada por el fenómeno del niño durante los años 2014 a 2016; situación natural que no puede ser endilgada a ninguna de las entidades accionadas.

Según lo narrado en los hechos probados, referente a las múltiples visitas de campo realizadas y a los diversos informes y conceptos técnicos emitidos en seguimiento a la licencia ambiental y a los procesos sancionatorios adelantados que dieron lugar a la adopción de decisiones sobre la continuidad del proyecto (literales d), f), g), h), i), m), o), q), r), y), z), cc), ff), e ii) del apartado referido), es evidente que CORPOCALDAS, en su condición de máxima autoridad ambiental en el Departamento, adoptó todas las medidas que estimó pertinentes y necesarias en su momento a fin de salvaguardar el medio ambiente ante la presencia de un posible impacto ambiental generado por la hidroeléctrica, que al parecer excedía los ya identificados en el plan de manejo ambiental. Adicionalmente, procuró y veló por que los habitantes de la zona de influencia del proyecto tuvieran acceso al recurso hídrico para consumo humano y agrícola, independientemente de que

la disminución de los cauces no hubiese estado relacionada causalmente con la construcción del túnel de conducción.

Este Tribunal no comparte las afirmaciones hechas en la demanda en punto a que la autoridad ambiental no contó con la información suficiente para la toma de decisiones con posterioridad a la expedición de la licencia ambiental, y que accedió a las modificaciones solicitadas por la Central Hidroeléctrica El Edén sin tener estudios hidrogeológicos, técnicos y científicos que demostraran el conocimiento geológico e hidráulico exacto, real y preciso de la zona, en especial el del recurso hídrico, tanto superficial como subterráneo. Lo anterior, en la medida en que es evidente la vigilancia estricta y oportuna que realizó CORPOCALDAS sobre la actividad efectuada por la beneficiaria de la licencia una vez se conocieron las infiltraciones en el túnel y las quejas de la comunidad, a fin de prevenir, mitigar y compensar tanto los impactos ambientales ya identificados como aquellos que podían devenir con el proyecto, exigiendo estudio hidrogeológico de detalle superior al requerido en estos eventos, así como la activación inmediata del plan de contingencia para suministrar el servicio de agua a todos los usuarios de las fuentes superficiales que presentaron descenso en sus caudales, precisamente para evitar la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano que considera vulnerados la parte actora en este asunto.

No se advierte entonces la supuesta falta de rigor y desidia que la parte actora le endilgó a dicha corporación, ni la presunta omisión en el cumplimiento de las funciones de seguimiento y control ambiental establecidas en el artículo 2.2.2.3.9.1 del Decreto 1076 de 2015.

Por su parte, de la información allegada al proceso, específicamente la relacionada en los literales d), f), g), h), j), l), o), q), t), u), v), y), aa), cc), ff) e ii) del acápite de hechos probados, se advierte que la Central Hidroeléctrica El Edén atendió cada requerimiento hecho por CORPOCALDAS³⁷¹, no sólo para establecer si existía conexión entre la obra y la disminución de caudal en las fuentes de agua³⁷², sino además para evitar algún tipo de afectación a la comunidad³⁷³, para lo cual realizó las obras correspondientes y puso en

³⁷¹ Tales como: complementación del estudio de impacto ambiental, remisión de documentación e información requerida para tramitar las modificaciones de la licencia ambiental, implementación de correctivos, informe de actividades, plan de acción y complementación del mismo.

³⁷² Entre los que se encuentran: informe técnico ambiental y social sobre la infiltración de aguas al interior del túnel, tratamientos de impermeabilización, informe hidrometeorológico actualizado del proyecto, instalación de piezómetros, realización de estudio hidrogeológico conceptual y numérico, e informe sobre el control de infiltraciones en el túnel.

³⁷³ Para lo cual realizó: registro de situaciones críticas expuestas por la comunidad con la solución a las mismas adelantadas por la empresa, obras de rehabilitación y ampliación del sistema de distribución de agua potable del acueducto del corregimiento de Bolivia hacia las veredas Patio Bonito y La Costa en el sector de Cerro Bravo, y entrega de estructuras –línea de conducción y

marcha el plan de contingencia exigido, suministrando el líquido vital a través de carrotanques, donando tanques y mangueras, y ampliando dos acueductos, e incluso asumiendo el costo de la facturación.

En lo que respecta al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Sala considera que la parte actora no probó que dicha autoridad incurriera en omisión de la función legal a ella asignada en el numeral 10 del artículo 2 del Decreto 3570 de 2011. De hecho, a la conclusión contraria se llega conforme a lo relatado en la misma demanda en punto a que el jefe de esa cartera ministerial asistió a la zona en el marco de la problemática ambiental sufrida por la comunidad del corregimiento de Bolivia y se comprometió a determinadas acciones, que ni siquiera fueron precisadas en el libelo a fin de establecer si en efecto se presentó una omisión por parte de aquella entidad.

Según la prueba testimonial recaudada, específicamente la de los señores Adriana Mercedes Martínez Gómez, Raúl Jiménez García y Andrés Fernando Ramírez Baena (literal pp) del aparte mencionado), se demostró que el ministro de la época acudió al sector en dos ocasiones, y delegó en uno de sus funcionarios la labor de hacer el respectivo seguimiento, lo cual se surtió y dio lugar a que entre CORPOCALDAS, la hidroeléctrica y la comunidad se llegara a determinados acuerdos, tales como la toma de muestras de agua en la vertiente del río El Salado, para atender denuncias de los habitantes referentes a la presencia de cemento en dichas aguas.

Frente a la ANLA, se advierte que ninguna injerencia le asiste en los hechos objeto de este proceso, ya que, de un lado, dicha unidad administrativa especial del orden nacional fue creada con posterioridad al otorgamiento de la licencia ambiental para la construcción de la hidroeléctrica El Edén, y de otro, el seguimiento ambiental que le corresponde ejercer guarda relación directa con las licencias que conforme lo dispone el numeral 4 del artículo 2.2.2.3.2.2 del Decreto 1076 de 2015, confiera para la construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a 100 MW, que excede la autorizada para El Edén.

Analizada la conducta de cada una de las entidades accionadas en este proceso, el Tribunal debe pronunciarse sobre una de las excepciones propuestas en este asunto, relativa a la fuerza mayor, la cual se encuentra definida en el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 como “(...) *el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”; definición de la que emergen los elementos esenciales del hecho que la

tanque de almacenamiento– para el desarrollo y funcionamiento del acueducto de la vereda Patio Bonito.

constituye, cuya presencia simultánea se requiere para su configuración, y que han sido precisados por la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷⁴, así:

(...) Tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que proceda admitir la configuración de una causa extraña -cualquiera que ésta sea, no sólo la fuerza mayor, que es aquella respecto de la cual suelen preconizarse las particularidades que se referirán- que destruya el nexo de causalidad entre la actuación u omisión administrativa y el daño irrogado -o de una causal de exoneración-: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado³⁷⁵.

En cuanto tiene que ver con (i) **la irresistibilidad** como elemento de la causa extraña, la misma **consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable** para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, **teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo** -pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados-.

(...)

En lo referente a (ii) **la imprevisibilidad**, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual “no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”³⁷⁶, toda vez que “[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación”³⁷⁷, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el

³⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 26 de marzo de 2008. Radicación: 85001-23-31-000-1997-00440-01(16530).

³⁷⁵ Cita de cita: Siguiendo la exposición efectuada, en este sentido, por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pp. 17-58.

³⁷⁶ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

³⁷⁷ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, *Gaceta Judicial*, tomo XLIII, p. 581.

conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de “imprevisto” de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil³⁷⁸ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”³⁷⁹. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposos y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente

³⁷⁸ Cita de cita: Cuyo tenor literal es el siguiente: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

³⁷⁹ Cita de cita: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21.

que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración -al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada. En esta línea argumentativa, ha sostenido la doctrina³⁸⁰:

(...)

En nuestro concepto, la noción de exterioridad como elemento de la causa extraña hay que entenderla como una exterioridad jurídica, es decir, el hecho debe ser causado por una conducta, una actividad o una cosa por la cual no deba responder jurídicamente el deudor. O dicho de otra manera, el daño debe ser ajeno, exterior o extraño (los términos son sinónimos) a la esfera de los deberes u obligaciones jurídicas del deudor”.

(...).

El evento externo en el *sub lite* se concreta básicamente en la existencia y efectos del llamado fenómeno del niño, que produjo una de las mayores temporadas secas vividas en el país durante los años 2014 a 2016, con ocasión de lo cual disminuyeron las lluvias y, con ello, el nivel de los cauces, llegando incluso a la desaparición de caudal en determinados puntos de algunos nacimientos, manantiales o quebradas.

Obran en el expediente informes y documentación relacionada con el registro de lluvias y la existencia del fenómeno del niño para la época en la cual iniciaron los descensos de caudales, que sumada a algunos de los testimonios recibidos en este asunto, permiten afirmar que la ausencia de agua lluvia como consecuencia de la fuerte temporada seca que se presentó en el país entre 2014 y 2016, fue el factor detonante del daño invocado en esta demanda; el cual cumple los requisitos para configurar la causal de

³⁸⁰ Cita de cita: TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 55-56.

exoneración de responsabilidad de fuerza mayor, tal como se indica en seguida.

En punto al primer requisito para configurar fuerza mayor, es oportuno señalar que la imprevisibilidad no se predica del fenómeno como tal, sino de sus consecuencias, y que en torno a su definición, resulta más acertado entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. Esta definición excluye tajantemente la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, circunstancia en la cual las consecuencias o efectos del fenómeno resultarían atribuibles al anotado comportamiento culposos y no al suceso natural.

En el asunto bajo examen, resulta claro que el fenómeno meteorológico y sus consecuencias específicas en la zona no podían anticiparse o predecirse con absoluta certeza; no obstante lo cual, se advierte que por parte de CORPOCALDAS y de otras autoridades, se tomaron medidas de precaución en relación con un posible desabastecimiento de agua por la temporada seca, pese a lo cual se manifestaron los efectos del fenómeno del niño. Así se extrae de los siguientes documentos:

- Resolución nº 463 del 15 de septiembre de 2015³⁸¹, con la cual CORPOCALDAS adoptó medidas en la administración de los recursos naturales como consecuencia del fenómeno del niño.
- Estudios previos efectuados el 6 de mayo de 2016 por el Departamento de Caldas³⁸², para aunar esfuerzos para realizar acciones tendientes a afrontar el fenómeno del niño mediante la adquisición de motobombas y la instalación de hidrantes.
- Oficio nº 700-042 del 29 de enero de 2022³⁸³, con el cual la Secretaría de Planeación e Infraestructura del Municipio de Marquetalia informó que, a excepción del año 2013, para los años 2014 a 2016 sí se encontraron registros respecto de temporadas largas de sequía, lo que obligó a que en el año 2014 se adelantara proceso de selección abreviada de menor cuantía para la construcción, mejoramiento, repotenciación y fortalecimiento de sistemas de captación, almacenamiento y conducción de agua para el consumo humano en el área rural del municipio, como estrategia de mitigación de efectos

³⁸¹ Páginas 321 a 326 del archivo nº 005 del cuaderno 001 del expediente digital.

³⁸² Páginas 333 a 330 del archivo nº 01 del cuaderno 006 del expediente digital.

³⁸³ Páginas 1 y 2 del archivo nº 002 del cuaderno 008 del expediente digital.

causados por la temporada seca; que para el año 2015, el Comité Municipal para la Gestión del Riesgo dejara registro de los damnificados; y que para el año 2016 se declarara la situación de calamidad pública.

- Oficio n° SECAMB – 323 del 16 de mayo de 2022³⁸⁴, con el cual el Departamento de Caldas informó que durante el último trimestre del año 2015 y el primer trimestre del año 2016, se presentó en el departamento una temporada de altas temperaturas o temporada seca en la totalidad de municipios, que obligó a varios de éstos a declarar la calamidad pública para atender eventos relacionados con incendios de cobertura vegetal y problemas de abastecimiento de agua. Al respecto, adjuntó informe del IDEAM del 6 de enero de 2016³⁸⁵, plan específico de respuesta ante temporada seca – fenómeno del niño 2016³⁸⁶, solicitud del 7 de marzo de 2016 al director de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo para la asignación de recursos para la atención del fenómeno del niño en Caldas³⁸⁷, actas del Consejo Departamental de Gestión del Riesgo del 12 de enero de 2016 y del 20 de febrero de 2016³⁸⁸, declaratorias de calamidad pública de los municipios de Marquetalia, Manzanares y Pensilvania³⁸⁹, y copia de la actuación precontractual y contractual del convenio suscrito entre el Departamento de Caldas y EMPOCALDAS para aunar esfuerzos para realizar acciones tendientes a afrontar el fenómeno del niño³⁹⁰.

De lo anterior se deduce que no era previsible la magnitud de la temporada seca y las consecuencias de ésta, particularmente en la zona aledaña al proyecto hidroeléctrico.

En lo que respecta al otro supuesto configurativo de la fuerza mayor, esto es, la irresistibilidad, se entiende como la imposibilidad absoluta para el demandado de realizar determinado comportamiento o actividad a fin de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. Al respecto, es apenas lógico que ninguna de las entidades demandadas tenían la posibilidad material de impedir la disminución de cauces o el secamiento de algunos de éstos con ocasión de la ausencia de agua lluvia, sin perjuicio de lo cual realizaron acciones tendientes a mitigar las consecuencias del fenómeno del niño.

³⁸⁴ Archivo n° 044 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁸⁵ Archivo n° 046 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁸⁶ Archivo n° 047 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁸⁷ Archivo n° 048 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁸⁸ Archivos n° 049 y 050 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁸⁹ Archivos n° 051 a 053 del cuaderno 008 del expediente digital.

³⁹⁰ Archivos n° 054 a 060 del cuaderno 008 del expediente digital.

Finalmente, en lo que atañe a la exterioridad de la causa extraña, en los términos fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, es preciso que aquélla resulte ajena a la entidad, es decir, que ésta no tenga el deber jurídico de responder por el hecho u omisión que se trate.

En ese orden de ideas, el factor natural generador del daño es exterior a las entidades demandadas, pues en modo alguno puede atribuirse a las mismas la ausencia de precipitaciones.

Así pues, la excepción de fuerza mayor propuesta en el *sub examine* por CORPOCALDAS resulta probada y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, esta Sala de Decisión concluye que si bien se acreditó la existencia de un daño entendido como la desaparición y/o disminución de varios cauces de agua de los que se abastecía la comunidad para consumo humano y agrícola, lo cierto es que las pruebas obrantes en el expediente permiten afirmar que dicho daño no fue consecuencia de la construcción del túnel de conducción de la central hidroeléctrica El Edén, ni de ninguna falla en el servicio por parte de las entidades demandadas, y mucho menos tuvo relación de causalidad con la supuesta falla o la actividad de la hidroeléctrica.

En ese sentido, se declararán probadas las excepciones de “(...) *falta de legitimación pasiva*”, propuesta por la ANLA, las de “INEXISTENCIA DE DAÑO POR LA CONSTRUCCIOÓN (sic) DEL TUNEL (sic) DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN”, “INEXISTENCIA DE UNA CAUSALIDAD ADECUADA” e “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”, formuladas por la Central Hidroeléctrica El Edén, y la de “*Fuerza Mayor*”, invocada por CORPOCALDAS.

En atención a lo expuesto, se negarán las súplicas de la demanda, al no haberse acreditado la existencia de un daño antijurídico imputable a las demandadas.

Costas

El artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece que, tratándose de las acciones de grupo, la sentencia que ponga fin al proceso debe sujetarse a las disposiciones generales del Código de Procedimiento Civil, actualmente CGP, y además, que cuando acoja las pretensiones incoadas, debe, entre otros, disponer sobre

la liquidación de las costas a cargo de la parte vencida, teniendo en cuenta las expensas necesarias para la publicación del extracto de la sentencia (numeral 5).

Dado que en este caso se niegan las pretensiones de la demanda, esta Sala de Decisión estima que no hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se cumple el presupuesto previsto en el numeral 5 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998, esto es, que se acojan las súplicas del libelo.

Conviene indicar que a igual conclusión llegó el Consejo de Estado en sentencia del 16 de diciembre de 2022³⁹¹.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRASE no probado el medio exceptivo de caducidad, formulado en este proceso tanto por CORPOCALDAS como por la Central Hidroeléctrica El Edén.

Segundo. DECLÁRANSE probadas las excepciones de “(...) falta de legitimación pasiva”, propuesta por la ANLA, las de “INEXISTENCIA DE DAÑO POR LA CONSTRUCCIÓN (sic) DEL TUNEL (sic) DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL EDÉN”, “INEXISTENCIA DE UNA CAUSALIDAD ADECUADA” e “INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL”, formuladas por la Central Hidroeléctrica El Edén, y la de “*Fuerza Mayor*”, invocada por CORPOCALDAS.

En consecuencia,

Tercero. NIÉGANSE las súplicas de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación de los perjuicios causados a un grupo promovió el señor Miguel Ángel Bedoya Marín y otros contra la Nación – Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, CORPOCALDAS y la Central Hidroeléctrica El Edén, y al cual se vinculó a la ANLA.

³⁹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Sentencia del 16 de diciembre de 2022. Radicación: 73001-23-33-000-2015-00579-01(AG).

Cuarto. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

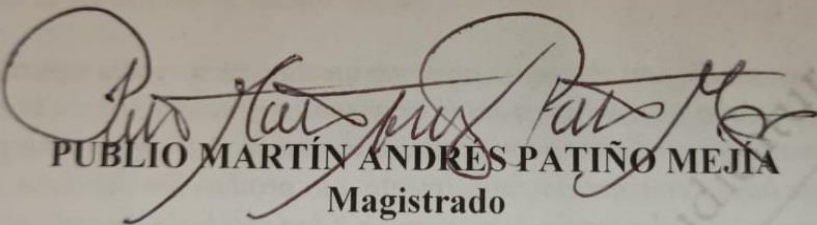
Quinto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Sexto. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

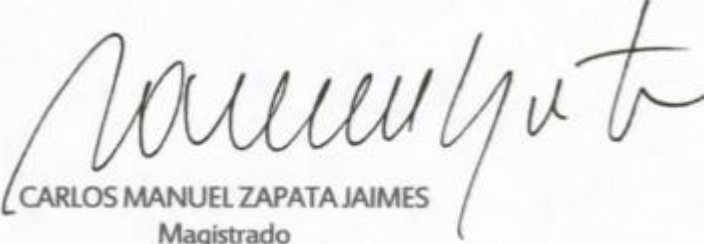
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:089

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00076-02
Demandante:	Yuli Andrea Díaz Quintero
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Yuli Andrea Díaz Quintero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 10 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-357 del 08 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la INDEMNIZACIÓN por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 38, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con

cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el

fallo de primera instancia (archivo 40, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del

reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público emitió concepto en este asunto y expresó que las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al FOMAG, tienen un régimen legal propio que resulta incluso más beneficioso, por cuanto en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

Mencionó que no son equiparables los regímenes por cuanto como afirma el FOMAG los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales y, por lo tanto, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimidad por pasiva. De igual manera, las entidades territoriales no pueden ser equiparables a empleadores del régimen privado, por cuanto no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, más bien en virtud del régimen especial que las cubre, antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente adelantan la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías”, debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 22 de marzo de 2023, y allegado el 10 de abril del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

B. Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º. de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad,

equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. *La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos*

en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala

el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

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

Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁵ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

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

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se vinculó al servicio oficial docente en propiedad, en primaria, mediante Resolución 3838-6 del 28/06/2019, tomando posesión del cargo el 15 de julio de 2019¹³.
- El nombramiento se realizó para la Institución Educativa San Pablo del Municipio de Victoria, Caldas.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020 por la suma de \$2.651.195,00; e intereses a las cesantías por valor de \$395.002,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021
- La parte demandante solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio 357 del 08 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías,

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Página 39, archivo UAF 129.1, archivo 29 exp. digital.

establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se

realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Yuli Andrea Díaz Quintero contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

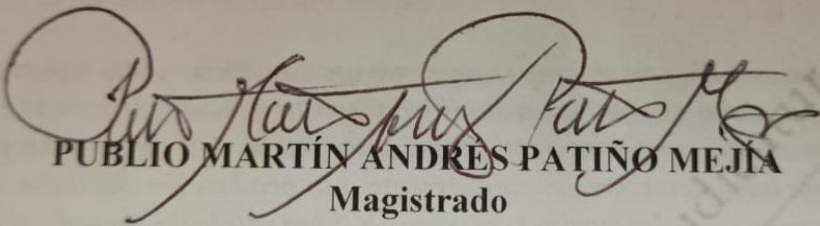
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

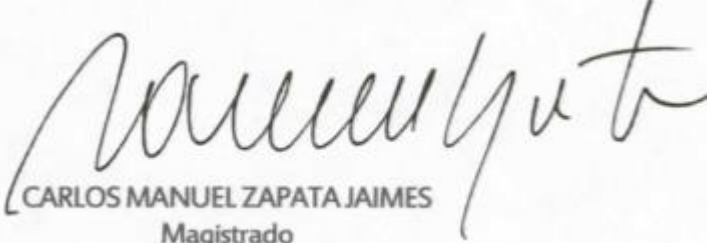
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:090

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00084-02
Demandante:	Ricardo Medina Restrepo
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Ricardo Medina Restrepo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 15 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo NOM-334 DEL 08 DE SEPTIEMBRE DE 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 21, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 22, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de marzo de 2023, y allegado el 05 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 5 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarrearán las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$4.183.663,00; intereses a las cesantías por valor de \$940.938,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto administrativo NOM-334 del 08 de septiembre de 2021 generado por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la parte demandante.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos

puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Ricardo Medina Restrepo contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

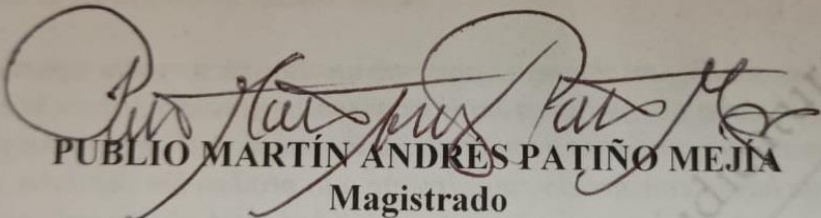
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen y **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase

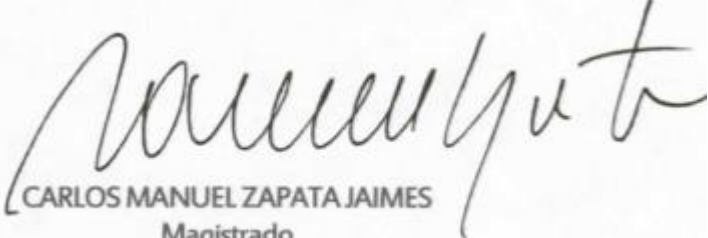
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:091

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00102-02
Demandante:	Blanca Viviana Zapata García
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Blanca Viviana Zapata García contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 24 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-488 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de

manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 33, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con

cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el

fallo de primera instancia (archivo 40, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del

reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 22 de marzo de 2023, y allegado el 10 de abril del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en

esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2º. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.

ARTÍCULO 9º. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. La sociedad

fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las

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

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

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

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se vinculó al servicio oficial docente como coordinador de primaria en propiedad, mediante Resolución 5574 del 20/09/2010, tomando posesión del cargo el 01 de octubre de 2010, nombramiento que se le hizo para la Institución Educativa Pablo VI de Pensilvania, Caldas.
- A favor de la parte demandante se liquidaron cesantías por en el año 2020 por la suma de \$4.415.074,00; e intereses a las cesantías por valor de \$630.107,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.
¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-488 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago

oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Blanca Viviana Zapata García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

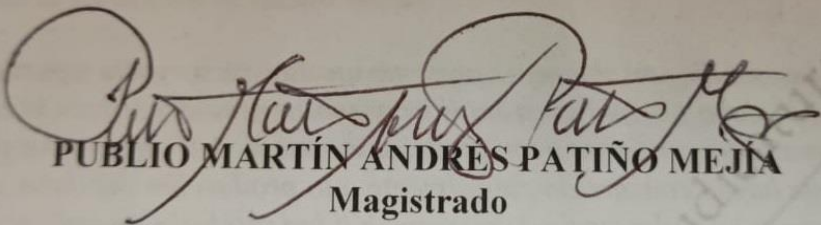
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

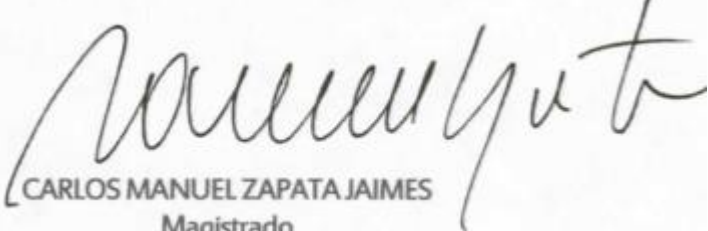
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126
FECHA: 25/07/2022


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:092

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00125-02
Demandante:	Adriana Lucia Pérez Muñoz
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana Lucia Pérez Muñoz contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 4 de abril de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-173 del 08 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 32, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 34, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público emitió concepto en este asunto y expresó que las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al FOMAG, tienen un régimen legal propio que resulta incluso más beneficioso, por cuanto en materia de intereses de cesantías, las condiciones dadas por el régimen especial que ampara a los docentes afiliados a FOMAG son más favorables que las otorgadas por el régimen de las sociedades administradoras de fondos de cesantías, debido a que la liquidación de intereses se realiza sobre el saldo total acumulado de cesantías y con una tasa superior a la descrita en la norma general, que corresponde al DTF certificado por la Superintendencia Financiera.

Mencionó que no son equiparables los regímenes por cuanto como afirma el FOMAG los empleadores de los docentes afiliados al FOMAG son las entidades territoriales y, por lo tanto, el fondo no comparte dicha calidad debido a que solo es un patrimonio autónomo cuya finalidad es el pago de las prestaciones de los docentes, siendo improcedente que se demande al fondo quien no ostenta la calidad de “empleador”, existiendo falta de legitimidad por pasiva. De igual manera, las entidades territoriales no pueden ser equiparables a empleadores del régimen privado, por cuanto no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, más bien en virtud del régimen especial que las cubre, antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente adelantan la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías”, debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Solicitó confirmar en todas sus partes la sentencia recurrida.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 22 de marzo de 2023, y allegado el 10 de abril del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e

indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

ARTÍCULO 8º. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1º. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro*

mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.*

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

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

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo

Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”.

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

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

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²”.

2.- Hechos acreditados

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se vinculó al servicio oficial docente en provisionalidad en básica primaria, mediante Resolución 212 del 26/08/1993, tomando posesión del cargo el 02 de septiembre de 1993, para la Escuela Rural San Francisco de Chinchiná, Caldas.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020 por la suma de \$5.100.609,00; e intereses a las cesantías por valor de \$1.510.764,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-173 del 08 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*.

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

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

liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Adriana Lucia Pérez Muñoz contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

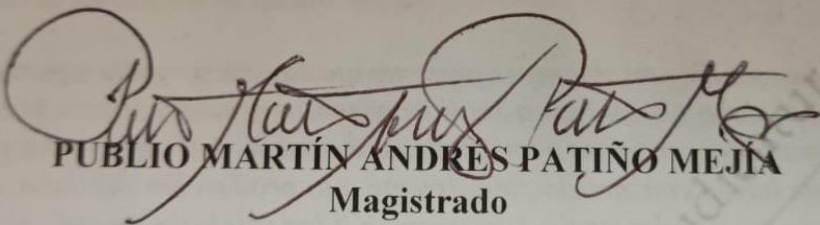
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

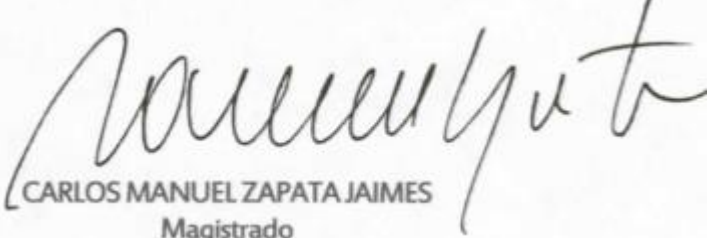
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126
FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:093

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00145-02
Demandante:	Jhon Jairo Quintero Chica
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Jairo Quintero Chica contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 18 de abril de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-438 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 30, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 32, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 22 de marzo de 2023, y allegado el 10 de abril del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 10 de abril de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se vinculó al servicio oficial docente, en propiedad en secundaria, mediante Resolución 0256 del 15/03/2004, tomando posesión del cargo el 19 de marzo de 2004 en la Institución Educativa Cabras del Municipio de Marmato, Caldas.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$7.542.296,00; e intereses a las cesantías por valor de \$532.146,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-438 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a

que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Jhon Jairo Quintero Chica contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

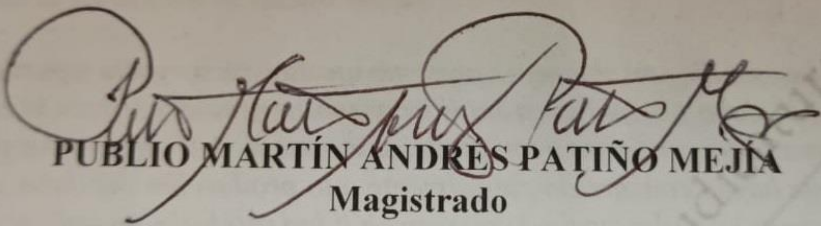
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

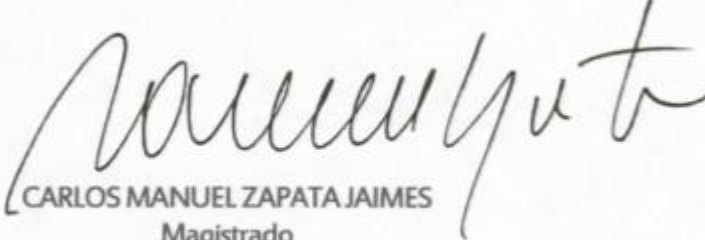
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:094

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00168-02
Demandante:	Gloria Patricia Ocampo Molina
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria Patricia Ocampo Molina contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 04 de mayo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo NOM 702 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 19, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 23 de marzo de 2023, y allegado el 07 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 7 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$ 5.304.613; e intereses a las cesantías por valor de \$ 711.999, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante oficio NOM- 702 del 12 de octubre de 2021, generado por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Gloria Patricia Ocampo Molina contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

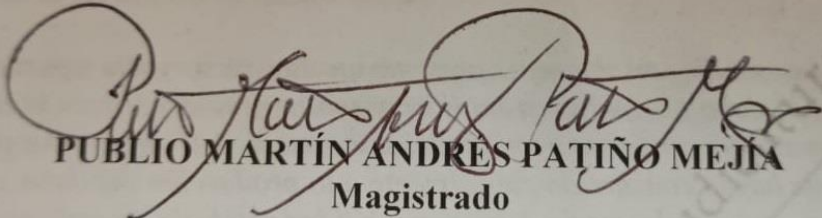
Tercero. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126
FECHA: 25/07/2022


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:095

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00172-02
Demandante:	María Nubia Gutiérrez Gallego
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Nubia Gutiérrez Gallego contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 06 de mayo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo NOM 630 del 12 de octubre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 19, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 20, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de marzo de 2023, y allegado el 05 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 5 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público no emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías por el año 2020, por la suma de \$5.099.775.00; e intereses a las cesantías por valor de \$1.220.661.00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante oficio NOM 630 del 12 de octubre de 2021, generado por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Nubia Gutiérrez Gallego contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

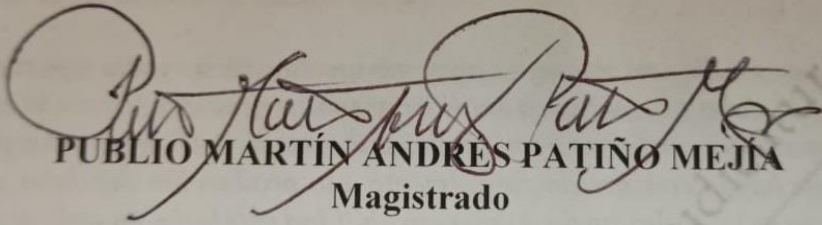
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

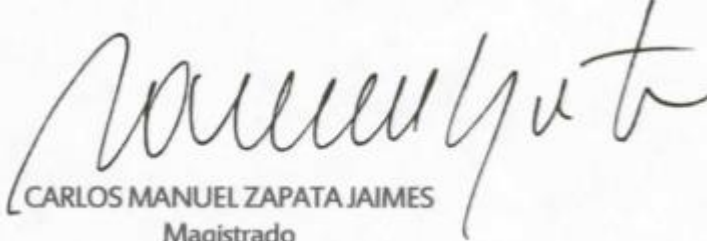
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:096

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00195-02
Demandante:	Camilo Andrés Reyes Henao
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Camilo Andrés Reyes Henao contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 25 de mayo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto del 24 de agosto de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 21, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 22, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de marzo de 2023, y allegado el 05 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 5 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020 por la suma de \$2.653.422.00; e intereses a las cesantías por valor de \$379.151.00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto ficto, generado por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Camilo Andrés Reyes Henao contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

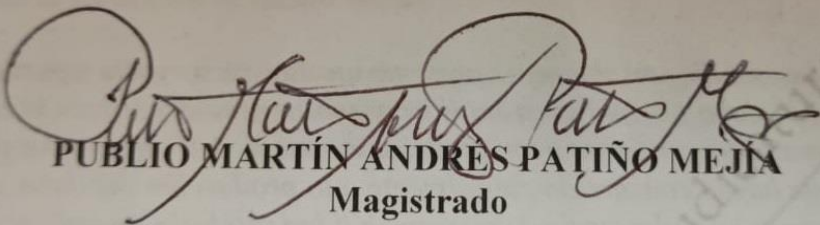
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

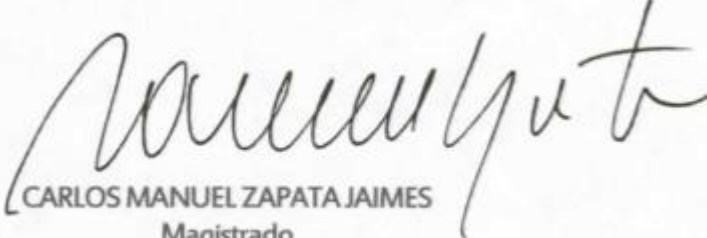
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126
FECHA: 25/07/2022


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:097

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-004-2022-00254-02
Demandante:	Fredy Andrés García Velasco
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Fredy Andrés García Velasco contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 28 de julio de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo ficto del 24 de noviembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 01 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 21, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 22, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 15 de marzo de 2023, y allegado el 05 de junio del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 5 de junio de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 18 de julio de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020 por la suma de \$2.667.899; e intereses a las cesantías por valor de \$483.181.00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante acto ficto, generado por el Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 01 exp. digital.

demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del diecinueve (19) de diciembre de

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Fredy Andrés García Velasco contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. **ABSTIÉNESE** de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

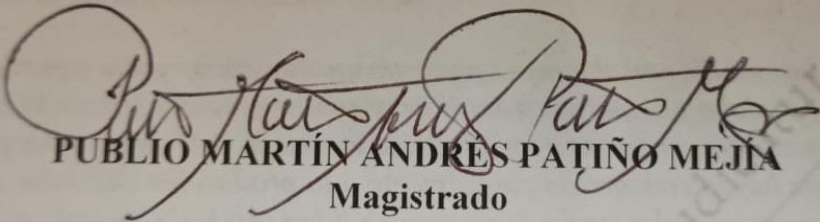
Tercero. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

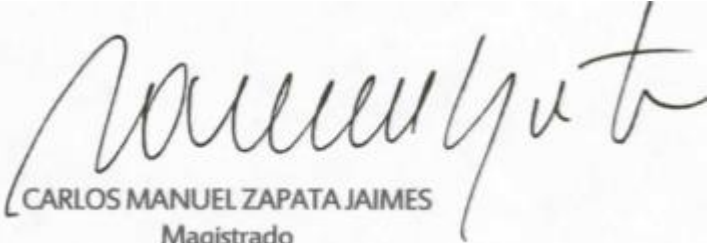
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126
FECHA: 25/07/2022


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:098

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-006-2022-00107-02
Demandante:	María Obany Henao Arias
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº037 del 21 de julio de 2023

Manizales, veintiuno (21) de julio de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia contra la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Obany Henao Arias contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 24 de marzo de 2022 (archivo 02, C.1), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio NOM-487 del 22 de septiembre de 2021, expedido por el Departamento de Caldas, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción mora, por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50/1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de salario, por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías desde el año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente; así mismo se niega el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, la cual es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superando el término legal, esto es, después de 31 de enero de 2021.
2. Declarar que las demandadas reconozcan y paguen la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 y la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991.
3. Condenar a la Nación- Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento de Caldas, a reconocer y pagar la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
4. Condenar a las demandadas al pago de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en la Ley 52 de 1975, Ley 50 de 1990 y Decreto 1176 de 1991, indemnización que equivale al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1 de enero de 2021.
5. Condenar a las demandadas al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, tomando como base la variación del IPC desde la fecha en que

debió efectuarse el pago de cada una de las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A (sic).

6. Condenar a las demandadas, al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia, a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 del CPACA y a la condena en costas.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma

anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.

5. La demandante solicitó el 10 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

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

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

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohiado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG (Archivo 13, C.1).

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepciones de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del Fomag”*.

Departamento de Caldas:

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

LA SENTENCIA APELADA

El 12 de diciembre de 2022, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 42, C.1), negando las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación; en cambio los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1 enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación los rige un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Refirió que si bien los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, lo cierto es que se encuentran dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conlleva a que la naturaleza de este sea diferente a la de los fondos administradores de cesantías, y por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías tenga diferencias sustanciales.

Encontró que aunque la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 busca garantizar el cumplimiento de la obligación laboral por parte del empleador renuente y así lograr que los recursos estén disponibles a favor del trabajador cuando este los requiera y se cumplan los presupuestos legales para su solicitud o retiro, en el caso concreto, quedó sin demostración que las

cesantías causadas por el año 2020 no se encontraban dispuestas en la fecha posterior al 6 o 15 de febrero de 2021.

Explicó que en los certificados aportados están relacionadas las cesantías, año tras año, con la respectiva liquidación de intereses y la fecha de pago de los mismos.

Adujo en cuanto a la indemnización por el pago inoportuno de los intereses de las cesantías, que con base en la presunción de legalidad del Acuerdo 39 de 1998, no surge una obligación secundaria como lo es la sanción por mora establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 o una indemnización como la contemplada en la Ley 52 de 1975, cuando los procedimientos y reconocimientos que se efectúan respecto de las cesantías de los docentes, los particulares y los servidores públicos en general contienen diferencias.

Agregó que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, son razones suficientes para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia (archivo 45, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

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

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990,

situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 23 de febrero de 2023, y allegado el 03 de marzo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 03 de marzo de 2023 se admitió el recurso de apelación (archivo 02, C.2). El Ministerio Público emitió concepto fiscal en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 20 de abril de 2023 el proceso de la referencia ingresó a Despacho para sentencia (archivo 04, C.2), la que procede a dictarse a continuación, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para tal efecto, tal como se autoriza por el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos

propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos:

i) Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Negrilla de la Sala).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003³, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

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

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

³ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

ARTÍCULO 8°. REPORTE DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES. *Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior. Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Parágrafo 1°. El reporte de personal no perteneciente a las plantas de personal del respectivo ente territorial acarreará las sanciones administrativas, fiscales, disciplinarias y penales a que haya lugar. Parágrafo 2°. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán reintegrados a la entidad territorial, previo cruce de cuentas con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual será realizado por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos.*

ARTÍCULO 9°. MONTO TOTAL DE APORTES AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8° del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del

Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

ARTÍCULO 11. AJUSTE DE CUANTÍAS. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes. Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

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

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

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo n°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos

para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995⁴ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁵, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

⁴ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁶ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁷, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁸, 3 de marzo⁹ y 19 de mayo de 2022¹⁰, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente

parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁷ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Gabriel Valbuena Hernández. 20 de enero de 2022 Radicación: 08001 23 33 000 2017 00931 01 (1001-2021).

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, solo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹¹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

*del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹²".*

2.- Hechos acreditados

- La parte demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en calidad docente nacional.
- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020 por la suma de \$5.101.415,00; e intereses a las cesantías por valor de \$1.045.516,00, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021¹³.
- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-487 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

3.- Examen del caso concreto

Se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que, no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

¹² Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹³ Anexos demanda, archivo 02 exp. digital.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que, la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto

es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

4.- Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

5.- Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que no observa que esté probada la causación de las mismas.

En efecto, siguiendo el criterio *objetivo valorativo* al cual acude el Consejo de Estado¹⁴, el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada en esta instancia, sumado al hecho que no se acreditó intervención activa ante esta Corporación, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil veintidós (2022), proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora María Obany Henao Arias contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

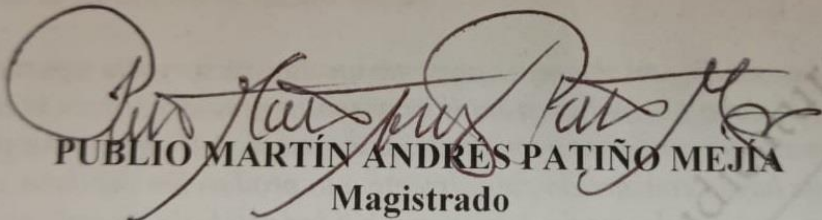
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

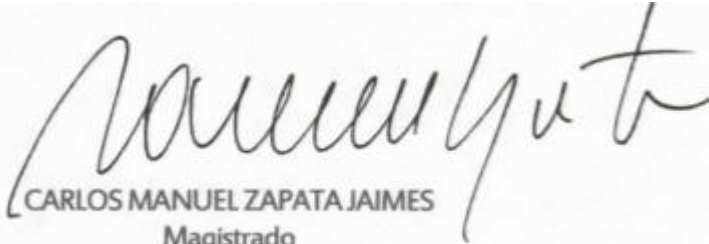
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2022



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

17001333900720170017203

Nulidad y restablecimiento del derecho

Sergio Torres Díaz Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 304

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar los recursos de apelación, presentados por la parte demandada y demandante en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 29 de julio de 2021 por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 12 de agosto de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 2 de agosto de 2021 y el demandante apeló el 12 de agosto de 2021. Los recursos se encuentran dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITEN** los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* y la parte demandante *Sergio Torres Díaz* contra la *Sentencia de 29 de julio de 2021* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro de este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333900620180016703

Nulidad y restablecimiento del derecho

Jorge Honorio López Aristizábal Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 301

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 5 de noviembre de 2021. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 23 de noviembre de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 11 de noviembre de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 4 de noviembre de 2021* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Jorge Honorio López Aristizábal*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333300320180021203

Nulidad y restablecimiento del derecho

Víctor David Saldarriaga Cardona Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 307

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 31 de mayo de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 29 de noviembre de 2019 y su aclaración de 24 de febrero de 2020 por la Conjuez Dra. Beatriz Elena Henao Giraldo en cabeza del Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 2 de diciembre de 2019 y el 25 de febrero de 2020 su aclaración. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 12 de marzo de 2020. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 6 de diciembre de 2019. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 29 de noviembre de 2019* y emitida por el *Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro de este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Víctor David Saldarriaga Cardona*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333900620180024603

Nulidad y restablecimiento del derecho

Mónica Adriana Marin Cardona Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 302

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjuces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjuces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 4 de noviembre de 2021 por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 5 de noviembre de 2021. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 23 de noviembre de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 16 de noviembre de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 4 de noviembre de 2021* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Mónica Adriana Marin Cardona*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333300420180026004

Nulidad y restablecimiento del derecho

Beatriz Eugenia Valencia López Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 300

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y tramite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 4 de febrero de 2021 por el Conjuez Dr. Tomas Felipe Mora Gómez en cabeza del Juzgado 4° Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Juridica del Estado), el 5 de febrero de 2021. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 23 de febrero de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 15 de febrero de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 4 de febrero de 2021* y emitida por el *Juzgado 4° Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Beatriz Eugenia Valencia López*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333300320180031203

Nulidad y restablecimiento del derecho

Joan Santiago López Álvarez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 296

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 15 de marzo de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 6 de diciembre de 2019 por el Conjuez Dr. Fernando Duque García en cabeza del Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 17 de diciembre de 2019. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 16 de diciembre de 2019. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 6 de diciembre de 2019* y emitida por el *Juzgado 3° Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Joan Santiago López Álvarez*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333300120180032703

Nulidad y restablecimiento del derecho

Norma Cecilia Muñoz Cardona Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 298

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 29 de septiembre de 2021 por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 13 de octubre de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 12 de octubre de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 29 de septiembre de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Norma Cecilia Muñoz Cardona*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333900620180039003

Nulidad y restablecimiento del derecho

Oscar Mauricio Trujillo Narváez Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 297

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjuces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 15 de marzo de 2023 se celebró sorteo de conjuces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por las partes demandada y demandante en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 21 de julio de 2021 por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), en estrados. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 4 de agosto de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 30 de julio de 2021 y la parte demandante apeló el 2 de agosto de 2021. Los recursos se encuentran dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITEN** los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* y demandante *Oscar Mauricio Trujillo Narváez* contra la *Sentencia de 21 de julio de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333300220190007903

Nulidad y restablecimiento del derecho

Claudia Patricia Noreña Valencia Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 306

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

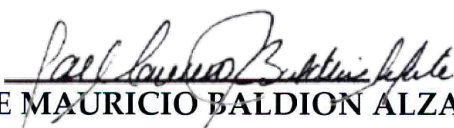
El pasado 31 de mayo de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 28 de abril de 2022 por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 29 de abril de 2023. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 13 de mayo de 2022. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 10 de mayo de 2022. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 28 de abril de 2022* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro de este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Claudia Patricia Noreña Valencia*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 29 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333300320190011403

Nulidad y restablecimiento del derecho

Paula Ximena Bolaños Quintero Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 299

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 21 de mayo de 2021 por el Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 24 de mayo de 2021. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 11 de junio de 2021. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 2 de junio de 2021. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 21 de mayo de 2021* y emitida por el *Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales*, dentro este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Paula Ximena Bolaños Quintero*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

17001333900720190021503

Nulidad y restablecimiento del derecho

Hernando Antonio Villegas Ramos Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Admite recurso de apelación contra fallo primario

Auto interlocutorio n° 305

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjueces-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

El pasado 14 de abril de 2023 se celebró sorteo de conjueces y por ese conducto me correspondió el conocimiento y trámite de este proceso, en consecuencia, **AVOCO** su conocimiento y en mi calidad de Conjuez director de este Despacho procedo a estudiar el recurso de apelación, presentado por la parte demandada en contra de la sentencia de 1° instancia emitida el 31 de mayo de 2022 por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

A la luz del artículo 203 del CPACA en concordancia con los artículos 192 inciso 1° y 247 Ibidem, modificado por el artículo 67 n° 5 de la Ley 2080 de 2021. Así las cosas, la sentencia recurrida fue notificada a las partes intervinientes (Demandante, Demandado, Agente del Ministerio Público y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado), el 1 de junio de 2022. Los 10 días de la ejecutoria del fallo se cumplieron el 17 de junio de 2022. La parte demandada allegó el recurso en contra de la sentencia el 6 de junio de 2022. El recurso se encuentra dentro del término de 10 días, otorgado por el numeral 1° del artículo 247 de la Ley 2080 de 2021.

En consecuencia, se **ADMITE** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada *Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial* contra la *Sentencia de 31 de mayo de 2022* y emitida por el *Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales*, dentro de este medio de control *nulidad y restablecimiento del derecho*, demandante *Hernando Antonio Villegas Ramos*.

Notifíquese esta providencia a través de mensaje de datos a los correos electrónicos conocidos en autos y al *Procurador 28 Judicial II Administrativo de Manizales*. Ejecutoriado este auto, por *Secretaría* pásese a *Despacho* para proferir la Sentencia de 2° Instancia.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-José Mauricio Baldion Álzate-
Conjuez

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

I. ASUNTO

Procede el Despacho a darle aplicación a lo dispuesto en el artículo 182A del CPACA -sentencia anticipada- a surtirse dentro de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, radicado **17001233300020190024000** demandante **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** y demandada la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**.

II. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Las excepciones propuestas por la parte demandada en su respuesta, fueron las siguientes;

- a. Prescripción extintiva del derecho.
- b. Carencia de objeto.
- c. Cumplimiento del un deber legal.

Ahora bien, de las excepciones propuestas por la demandada ninguna se hayan enlistada en el artículo 100 del CGP, por lo que no son previas y tampoco son mixtas las cuales se mencionan en el n° 6 del artículo 180 del CPACA, de ahí que no existe necesidad de que el Despacho emita un pronunciamiento y las resuelva.

III. SENTENCIA ANTICIPADA

De un breve análisis de la demanda, reforma y su contestación, el Despacho llega a la conclusión de que cumple con los requisitos contemplados en los literales a) y d) del artículo 182A del CPACA;

“Art. 182A.-Adicionado Ley 2080 de 2021, art. 42. Se podrá dictar sentencia anticipada:

- a). *Cuando se trate de asuntos de puro derecho.*
- b). (...).

c). (...).

d). *Cuando las pruebas solicitadas por las partes sean impertinentes, inconducentes o inútiles.*

El juez o magistrado ponente, mediante auto, se pronunciará sobre las pruebas cuando a ello haya lugar, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso y fijará el litigio u objeto de controversia.

Cumplido lo anterior, se correrá traslado para alegar en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de este código y la sentencia se expedirá por escrito. (...)."

A su turno el inciso final del artículo 181 reza:

"Art. 181. (...).

En esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, señalara fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a 20 días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días, siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En las mismas oportunidades señaladas para alegar, podrá el Ministerio Público presentar concepto si a bien lo tiene." (subrayas propias).

III.I. RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA.

Se reconoce personería para actuar en nombre y representación de la parte demandada **FISCALIA GENERAL DE LA NACION** a la **Dra. MYRIAM STELLA ROZO RODRIGUEZ** identificada con la CC 51.961.601 y T.P. 160.048 del C.S.J, en iguales términos al poder allegado con la contestación de la demanda.

III.II. DECRETO DE PRUEBAS.

De las pruebas que se decretan y de aquellas que se niegan.

Parte demandante.

Téngase como elementos probatorios y evidencia física -EMP y EF- los documentos que revisten calidad de tal y que fueron aportadas con la demanda a la luz de los artículos 165 y 243 del CGP, siempre que tengan relación directa con los

hechos de esta y las cuales se encuentran contenidos en el expediente digital -01Cuaderno1(fl. 1-220)-. La parte demandante no realizó solicitud especial de pruebas.

Parte demandada.

Téngase como elementos probatorios y evidencia física -EMP y EF- los documentos que revisten calidad de tal y que fueron aportadas con la demanda a la luz de los artículos 165 y 243 del CGP, siempre que tengan relación directa con los hechos de esta y las cuales se encuentran contenidos en el expediente digital -01Cuaderno1(fl. 1-220)-. La parte demandada no realizó solicitud especial de pruebas.

Pruebas que se niegan.

No existen pruebas que el Despacho considere necesario negar.

Así las cosas y dado que no existen otras pruebas que practicar, **SE CIERRA EL PERIODO PROBATORIO** y se procede a avanzar con la etapa siguiente.

Contra estas decisiones procede el recurso de apelación, de conformidad con el n° 7 del artículo 243 del CPACA.

• **FIJACION DEL LITIGIO:**

De conformidad con lo dispuesto por el n° 7 del artículo 180 del CPACA, el Despacho procede a fijar el litigio;

“Art. 180.- Vencido el termino de traslado de la demanda o de la reconvencción según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 1). 2). 3). 4). 5). 6). 7). Fijación del litigio. Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación del litigio. 8). 9). 10).”

De los hechos y los documentos aportados en la demanda y comparados con la respuesta, las pruebas aportadas con ella y las excepciones presentadas, el Despacho llegó a la conclusión de que ***no existe manto de duda sobre los siguientes hechos:***

- La señora **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** laboró al servicio de la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en el cargo de **FISCAL SECCIONAL** desde el 2 de febrero de 1981 y hasta el 31 de diciembre de 2003, día en que renunció y pasó a ser pensionada.
- La señora **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** a través de apoderada, el 23 de marzo de 2017, instauró derecho de petición ante la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION**, en la que solicitó *-a grandes rasgos-* el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de Fiscal Seccional.
- Dicha petición fue negada a través de la **Resolución DS-16-12-6-SAJ0832 de 27 de marzo de 2017**. Contra esta decisión el demandante instauró el recurso de apelación. La parte demandada resolvió negativamente el recurso a través de la **Resolución n° 2-2087 de 30 de junio de 2017**.
- El **20 de octubre de 2017**, la demandante por intermedio de su apoderada, presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. Mediante resolución n° 1219 de 20 de septiembre de 2017 se admitió y declaró fallida una conciliación, agotando el requisito de procedibilidad y dejando abierta la puerta para acudir ante esta jurisdicción.

De igual manera, analizado el escrito de la demanda, sus anexos y al contrastarlos con la respuesta, las excepciones, las pruebas que la acompañaron y la reforma de la demanda, se concluyó que, **NO EXISTE acuerdo respecto de los siguientes hechos**;

- a) Que la señora **GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET** tiene derecho a la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.
- b) Que la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 constituye factor salarial y;
- c) Que se debe aplicar la prescripción trienal y en su defecto, puede afectar total o parcialmente el periodo reclamado en la demanda.

Teniendo claro los hechos sobre los cuales, si existe acuerdo entre las partes y aquellos en que demandante y demandada, encuentran discrepancias, pasamos a mencionar las **pretensiones (extremos)**.

Declaraciones:

1. **DECLARAR** la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución DS-16-12-6-SAJ0832 de 27 de marzo de 2017.**
- **Resolución n° 2-2087 de 30 de junio de 2017.**

Condenas:

2. **RECONOCER** y pagar a la **Dra. GLORIA EUGENIA HINCAPIE BONNET**, la suma que resulte como diferencia de todos los conceptos salariales y prestacionales relacionados en la petición efectuada en vía gubernativa y en el anexo 1° de la demanda, dejados de percibir en los años 1993 a 2003, teniendo en cuenta lo devengado mensualmente sin deducir la denominada prima especial de servicios.
3. **REAJUSTAR** y/o actualizar las sumas a que se condene la entidad demandada por medio de la sentencia, al momento de la ejecutoria del fallo de primera o segunda instancia, conforme a la formula aplicada en otros casos como se expone en una de la sentencia que se adjunta como base jurisprudencial y dicha formula es la siguiente: $R = RH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$; en que la R (valor presente) se determina multiplicando el valor histórico (RH), en lo que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE (vigente a la ejecutoria de la sentencia-En este caso vigente al momento de reconocer y pagar las prestaciones sociales en su reliquidación), por el índice inicial (vigente para la fecha en que se causaron las sumas adeudadas).
4. **CONDENAR** en costas y agencias en derecho a la entidad demandada, a favor de los intereses de la parte demandante conforme a lo ordenado por el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.
5. **ORDENAR** a la demandada dar cumplimiento al fallo que le de fin al proceso dentro de los términos establecidos en el CPACA en sus artículos 189, 192 y 195.

En consecuencia, el litigio en conjunto se circunscribe a determinar;

- a) ¿Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios que establece el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, equivalente al 30% de su sueldo básico?
- b) ¿Tiene la prima especial de servicios, carácter de factor salarial?
- c) ¿Opera el fenómeno de la prescripción trienal laboral, sobre el periodo reclamado, en todo o en parte?

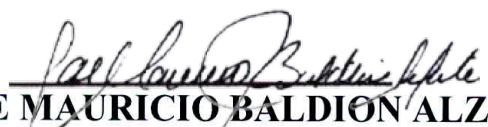
En los anteriores términos se entiende **fijado el litigio** y contra esta decisión procede el recurso de reposición conforme se dispone en el artículo 242 del CPACA en concordancia con el artículo 243 ibídem.

IV. TRASLADO DE ALEGATOS.

El Despacho considera innecesario citar a las partes a participar en la audiencia contemplada en el artículo 181 del CPACA –alegaciones y juzgamiento-, solo para escuchar a las partes presentar los alegatos de conclusión, por los traumatismos que causa en las agendas no solo del Despacho, sino también de las partes, de ahí que considere más práctico, dar la oportunidad a las partes y al Ministerio Público, para que presenten los alegatos por escrito.

Conforme lo anterior, a la luz del inciso 2° del artículo 182A del CPACA en concordancia con el inciso final del artículo 181 Ibídem, se corre traslado común de diez (10) días, a las partes y al Ministerio Público, para que presenten sus alegatos de conclusión, término que empezará a correr al día siguiente hábil, a la ejecutoria de esta providencia. Los alegatos deben ser enviados al correo institucional de la Secretaría de esta Corporación sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co; y/o al correo dtibaqua@cendoj.ramajudicial.gov.co perteneciente al auxiliar que apoya este Despacho de Conjuez.

Notifíquese y cúmplase


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Norman Salazar González

Conjuez Ponente

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse surtido con éxito todas las etapas procesales previas, por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante la señora **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** con ponencia de este Conjuez **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apodero judicial, la demandante **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% de su salario básico y por todo el periodo que se desempeñó como Juez de la Republica.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

- 1. INAPLICAR** los siguientes preceptos jurídicos: Decretos 658 de 4 de marzo de 2008, 723 de 6 de marzo de 2009, 1388 de 26 de abril de 2010, 1039 de 4 de abril de 2011, 874 de 27 de abril de 2012, 1024 de 21 de mayo de 2013, 194 de 7 de febrero de 2014 y 1257 de 5 de junio de 2015 y subsiguientes, en lo que respecta a la prima especial de servicios, toda vez

que en ellos se reiteran los yerros que dieron lugar a la nulidad de las normas que en tal sentido les precedieron.

2. **DECLARAR** la nulidad de la **Resolución DESAJMAR18-768 de 30 de abril de 2018** “por medio de la cual se resolvió negativamente un derecho de petición”.
3. **DECLARAR** la nulidad del **acto administrativo ficto presunto negativo**, derivado del silencio administrativo negativo que operó a raíz de la ausencia de respuesta de un recurso de apelación.

Condenas:

4. **RECONOCER**, liquidar y pagar a la señora **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS**, la prima especial de servicios en cuantía del 30% prevista en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, como adicional a la remuneración básica mensual devengada, desde el inicio de la relación laboral y en lo sucesivo, dando estricto cumplimiento a la Sentencia del Consejo de Estado, del 29 de abril de 2014.
5. **RELIQUIDAR** y pagar, las prestaciones sociales devengadas por mi poderdante, tales como: prima de servicio, prima de vacaciones, cesantías, auxilio de cesantías, bonificación por actividad judicial, bonificación judicial y demás emolumentos prestacionales (salud y pensión), desde el momento en que mi mandante es Juez de la Republica hasta que permanezca vinculada en la Rama Judicial a dicho cargo, teniendo como base la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, adicionando el 30% que corresponde a la prima especial de servicios.
6. **SEGUIR** cancelando a la señora **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** los salarios y las prestaciones sociales conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado, en sentencia de 29 de abril de 2014.
7. **ACTUALIZAR** las sumas del saldo insoluto dejadas de cancelar, tanto por salario como por prestaciones sociales, conforme el IPC, desde cuando debió surtir el pago efectivo de la obligación y hasta el pago de la misma.
8. **PAGAR** los intereses moratorios por las sumas dejadas de cancelar hasta cuando se haga efectivo el pago, de conformidad con lo preceptuado por el Inciso 3º del artículo 192 del CPACA.
9. **CONDENAR** a la entidad demandada, en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

La doctora **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** viene laborando al servicio de la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, en el cargo de Juez de la República y hasta la fecha de presentación de esta demanda, aún se encontraba vinculada.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La **Dra. SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** a través de apoderado, el 5 de abril de 2018, solicitó el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios.

La demandada negó lo solicitado por medio de la **Resolución DESAJMAR18-768 de 30 de abril de 2018**. Contra este acto administrativo, la parte demandante se opuso a través del recurso de apelación en cual fue concedido a través de la **Resolución DESAJMAR18-1055 de 6 de julio de 2018**, sin embargo, pasado el término legal contemplado en el artículo 86 del CPACA sin obtener una respuesta de la parte demandada, se configuró el silencio administrativo negativo y derivó en un **acto administrativo ficto presunto negativo**.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **14 de enero de 2019**, la demandante por intermedio de su apoderado, presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. Le correspondió su conocimiento al Procuraduría 28 Judicial II Administrativa de esta ciudad, quien la declaró fallida, ante la falta de ánimo conciliatorio, dando por terminada esta etapa y permitiendo a la demandante reclamar ante esta jurisdicción.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

7.2. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 58 y 228.

7.3. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2°, 12°-párrafo y 14° de la ley 4ª de 1992; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 10, 102, 137, 148, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 152-7° de la Ley 270 de 1996.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al venir liquidando las prestaciones sociales de la demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de todos los ingresos devengados por este.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Conjurados, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior y frente al fallo judicial citado, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo

¹ Radicado n° 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, en resumen, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analiza trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de crear un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones de la demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses de la demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo ordene, acaecería en sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los años 1997 a 2007, dejó por fuera los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente a la demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Agregó como excepciones; **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario, (iii). Prescripción trienal laboral e (iv). Innominada.**

De acuerdo con lo anterior, solicita se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

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

Presentación de la demanda el 4 de julio de 2019, declaración de impedimento de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Caldas el 26 de septiembre de 2019, auto acepta impedimento del Consejo de Estado - *01Cuaderno1(fl. 1-53)-*, sorteo de Conjuces el 11 de marzo de 2021 - *03ActaSorteoConjuces-*, inadmisión y admisión de la demanda del 13 de diciembre de 2013 - *04InadmiteDemanda, 10AdmiteDemanda-*, notificación electrónica de la demanda el 14 de diciembre de 2021 - *11NotificacionDemanda, 12AcusesNotificacionDemanda-*, traslado de excepciones n° 047 de 29 de agosto de 2022, decreto de pruebas, fijación del litigio y traslado de alegatos de conclusión del 14 de septiembre de 2022 - *23FijaLitigioAlegatosyOtros-*.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder de la demandante **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** para el abogado **Dr. DANIEL RENDON VASQUEZ** (fl. 1), escrito de la demanda y pruebas allegadas con la demanda - *01Cuaderno1(fl. 1-53)-*, poder al abogado Julián Augusto González Jaramillo, contestación de la demanda, actuación administrativa - *13ReciboContestacionDemanda, 14ContestacionDemanda, 15Anexo1RtaDdaPoder, 16Anexo2RtaDdaResDirEjecutivo-*, pronunciamiento frente a las excepciones - *21ReciboPronunciamiento175, 22PronunciamientoTraslado175-*, alegatos de la parte demandada - *27AlegatosDemandada-*.

10. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

En la demanda:

Derecho de petición de 5 de abril de 2018, **resolución DESAJMAR18-768 de 30 de abril de 2018** “por medio de la cual se negó una petición” y su constancia de notificación, recurso de apelación, resolución DESAMAR18-1055 de 6 de julio de 2018 “por medio de la cual se concede un recurso de apelación” y su constancia de notificación, resolución n° 1650 de 14 de febrero de 2019 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación” - *01Cuaderno1(fl. 1-53)-*.

b. Demandada:

- Actuación administrativa -15Anexo1RtaDdaPoder, 16Anexo2RtaDdaResDirEjecutivo.

11. TRASLADO DE EXCEPCIONES.

A través del artículo 175 del CPACA, el 2 de octubre de 2020 se corrió traslado a la parte demandante de las excepciones; *(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario (iii). Prescripción trienal laboral e (iv). Innominada.*

La parte demandante, se pronunció al respecto, dijo que siendo de fondo estas deben ser resueltas en la sentencia y agregó que se sostenía en la tesis y los argumentos planteados con la demanda.

12. SENTENCIA ANTICIPADA -ART. 182A CPACA-

Por auto 088 de 14 de septiembre de 2022 y aprovechando la figura de sentencia anticipada contenida en el artículo 182A del CPACA, en atención a que esta causa es un asunto de “...pleno derecho” y a que “...las pruebas solicitadas por las partes son impertinentes, inconducentes o inútiles.”.

Así las cosas, se decretaron y practicaron las pruebas aportadas en la demanda y en la contestación, y se negaron las pruebas solicitadas por la demandada, en tanto los documentos peticionados, ya se encontraban en el expediente. Se fijó el litigio, se determinaron los hechos sobre los que no existe manto de duda y respecto de los cuales, no existe acuerdo de las partes, se dejó en claro cuales son las pretensiones de la demanda y como problema jurídico se planteo de la siguiente manera:

- 1). *¿Qué la Dra. SANDRA MILENA GUTIERRES VARGAS tiene derecho a la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992?*
- 2). *¿Qué la prima especial de servicios reclamada, constituye factor salarial?*
- 3). *¿La posible configuración del fenómeno de la prescripción, afectando los periodos reclamados?*

Finalmente se corrió traslado a las partes, para presentar las alegaciones por escrito.

13. ALEGACIONES FINALES

Oportunidad que fue aprovechada, solo por la parte demandada, sin embargo, sin mencionar nada nuevo. El Ministerio Público, guardó silencio.

14. SUSPENSION DE LOS TERMINOS

Por medio de los *acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020* el Consejo Superior de la Judicatura, y ordenó la suspensión de los términos procesales para la jurisdicción ordinaria, al igual que la contenciosa administrativa, dejando vigente las acciones de tutela y los habeas corpus, acogiendo el *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* emitido por el Gobierno Nacional, que declaró la situación de Emergencia Económica, Social y Ecológica, por la amenaza del COVID-19.

15. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y, a esta Sala de Conjuces por sorteo celebrado el 11 de marzo de 2021.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala hace una revisión de las actuaciones hasta ahora surtidas en este medio de control, encontrando que todas han seguido al pie de la letra los rigores legales y jurisprudenciales, al paso que no halló causal alguna de nulidad, impedimento o recusación en el que pudieran estar incurso los Conjuces que integran esta sala de decisión.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

1). ¿Qué la Dra. SANDRA MILENA GUTIERRES VARGAS tiene

derecho a la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992?

2). ¿Qué la prima especial de servicios reclamada, constituye factor salarial?

3). ¿La posible configuración del fenómeno de la prescripción, afectando los periodos reclamados?

d. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante reafirmar que este fallo acogerá en su integridad lo dispuesto en la ***Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado***, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

e. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario

devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, **quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales**, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos³, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los postulados normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁴, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir el demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta

³ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA.

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que la demandante inició su vinculación a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de esta prestación social, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima

constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1°.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁵ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁶

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁷, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁸.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

⁵ **Artículo 1°.** Aclárese el artículo 1° de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6° del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁶ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁸ Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (Negrillas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993,

aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁹.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹⁰.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹¹ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama el demandante, ***SOLO reviste el carácter de factor salarial para efectos de cotización a pensión***, por ende, se declarará probada la excepción de cosa juzgada constitucional.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL **-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-**

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales ***se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia*** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la

⁹ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

¹⁰ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Cita de cita: Ibídem

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁴. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁵ :

¹⁴ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

“[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁷, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación.

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación, se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁸. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la

17 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹⁸ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)¹⁹.

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos *ex tunc*, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²⁰. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.
- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.
- **De la tesis estricta:** esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.

¹⁹ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²⁰ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, en Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, se fijó una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²¹: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

²¹ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, la Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Lo que significa que, si la reclamación administrativa fue iniciada el 5 de abril de 2018, ***los periodos anteriores al 5 de abril de 2015 fueron afectados por el fenómeno de la prescripción trienal laboral.***

Prescripción frente a los aportes a pensión:

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar

a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²²

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones -COLPENSIONES-, las diferencias no pagadas por todo el periodo desde que la demandante viene ocupando el cargo de Juez de la Republica.

16. PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Del cuerpo de la contestación de la demanda, la entidad demandada presentó las siguientes excepciones; **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario (iii). Prescripción trienal laboral e (iv). Innominada**, las cuales la sala pasará a pronunciarse por separado.

(i). Imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo: Al respecto dice la demanda que, con ocasión de sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019, del Consejo de Estado, el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se reunió y aprobó conciliar solo en los casos en que los reclamantes sean Jueces retirados o de aquellos que fueron nombrados como tal en un periodo que ya termino, los cuales deben además conciliar la sentencia o la demanda y se les pagara por el rubro de “*sentencias y conciliaciones*”, los demás como es el caso de la demandante, al estar activos, se les debe pagar por el rubro de “*gastos de personal*”, el cual aun no tiene una asignación de recursos de parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Publico de la Nación, que permita cubrir las acreencias laborales reclamadas. Tampoco es posible conciliarlos, porque hacerlo va en contra vía con la prohibición contenida en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, compilatorio del artículo 86 de la Ley 38 de 1989, y en el artículo 2.8.3.2.1 del Decreto 1068 de 2015, el cual establece “*todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que se garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.*

²² Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con el financiados no sean desviados a ningún otro fin...”.

Los inconvenientes que plantea la demandada y que impiden el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas por la demandada, son del orden administrativo interno de la entidad demandada, los cuales debe superar la demandada pero no puede pretender cargarlos en detrimento de los derechos laborales legales y constitucionales de los servidores públicos, no son entonces argumentos que validen la continuada y repetitiva violación en el desconocimiento del pago de la prima especial de servicios a la demandante, por lo que se declara impróspera esta excepción.

(ii). Integración del litis consorcio necesario: Dice la demandada que se hace necesario vincular a esta demanda a la **Presidencia de la Republica**, al **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** y al **Departamento Administrativo de la Función Pública**, toda vez que es el Gobierno Nacional el que emite los Decretos Laborales de los servidores públicos de la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación y la Justicia Penal Militar, entre otros y de asignar el rubro presupuestal necesario para que la Rama Judicial se financie; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público es quien se encarga de remitir los rubros autorizados y/o asignados por el Gobierno Nacional y el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual trabaja en conjunto para impulsar las propuestas realizadas por el Gobierno Nacional y sus Ministerios.

Al respecto, también resulta impróspera esta excepción toda vez que la entidad que participó de principio a fin en la producción de los actos administrativos atacados por la demandante, fue la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de la Rama Judicial, y ninguno de las entidades que se piden vincular a esta demanda, participaron en su realización, por lo que contrario a sus derechos procedimentales, ordenar su vinculación, si respecto de ellos no se les ha brindado la oportunidad de defenderse respecto de lo solicitado por la demandante y además, porque la Rama Judicial, tiene todo un sustento constitucional y normativo, para obrar correctamente y abstenerse de violentar los derechos de sus empleados, aun así, prefiere el camino del desconocimiento de los derechos de la Dra. GUTIERREZ VARGAS.

(iii). Prescripción trienal laboral: conforme la tesis planteada por la Sentencia de Unificación acogida por esta decisión, los derechos laborales prescriben contados tres años a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho que, en este caso, prescriben los periodos anteriores al 5 de abril de 2015, sin embargo, no ocurre lo mismo, respecto de los aportes a pensión, como también se dijo anteriormente, por lo que se declarará la **prosperidad parcial de esta excepción**.

(iv). **Innominada:** Solicita la demandada declarar la prosperidad de cualquier otra excepción que resulte probada. Frente a esto y del estudio realizado por la Sala de este proceso, no se encontró ninguna otra excepción que amerite declarar.

17. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

18. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

Quedo claro que la demandante **SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** viene laborando al servicio de la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en

²³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

el cargo de **JUEZ DE LA REPUBLICA**.

Conforme los antecedentes jurisprudenciales sobre la prima de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se ordenará:

1. Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, equivalente al 30% del salario básico, sobre el 100% de este y no del 70% de este, como se viene haciendo.
2. La prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 solo constituye factor salarial para efectos de la liquidación de los aportes a salud y pensión.
3. La prescripción se aplica frente a la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, este fenómeno se interrumpe con la exigencia del derecho y opera contados tres años atrás, de esta fecha. En el caso en concreto, prescribieron los periodos anteriores al **5 de abril de 2015**. No ocurre lo mismo con los aportes a pensión, los cuales, nunca prescriben, y en consecuencia debe la demandada pagar la prima especial de servicios, por los periodos no reclamados y reliquidar los aportes a pensión generados durante todo el tiempo en que ha ocupado el cargo de Juez de la República la demandante y consignar las diferencias al fondo de pensiones escogido por la demandante.
4. Debe la demandada incluir en nomina el pago de la prima especial de servicios, y seguir incluyéndola como factor salarial pero solo para el pago de su salud y pensión.
5. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.

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

19. FALLA

PRIMERO. ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y en consecuencia **INAPLICAR** parcialmente los siguientes preceptos jurídicos, en lo relacionado con la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y solo en lo que le es contrario

a la sentencia de unificación citada: **Decretos 658 de 4 de marzo de 2008, 723 de 6 de marzo de 2009, 1388 de 26 de abril de 2010, 1039 de 4 de abril de 2011, 874 de 27 de abril de 2012, 1024 de 21 de mayo de 2013, 194 de 7 de febrero de 2014 y 1257 de 5 de junio de 2015 y subsiguientes.**

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de la **Resolución DESAJMAR18-768 de 30 de abril de 2018** y del **acto administrativo ficto presunto negativo**.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los periodos anteriores al **5 de abril de 2015** y no probadas las demás excepciones: **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario e (iii). Innominada**, por las razones expuestas en este proveído.

CUARTO: CONDENAR a la la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en iguales términos dispuestos en la sentencia de unificación mencionada en el numeral primero de esta providencia y en consecuencia; se le ordena reconocer y pagar a favor de la demandante **Dra. SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** el valor no pagado, por concepto de prima especial de servicios, equivalente al 30% del total del sueldo básico, devengado por esta, por los periodos posteriores al **5 de abril de 2015**.

QUINTO: DECLARAR que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, solo constituye **FACTOR SALARIAL** para efectos de los aportes a salud y pensión y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** hacer nuevamente los cálculos para el aporte a pensión de la **Dra. SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS**, incluyendo la prima especial de servicios como factor salarial y consignar al fondo de pensiones al cual está adscrita la demandante, la diferencia no pagada por todo periodo en que ha venido ejerciendo el cargo de Juez de la Republica.

SEXTO: ORDENAR a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** que deberá seguir reconociendo y pagando la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en porcentaje del 30% de su salario básico, mensualmente y reconocerle su carácter de factor salarial **SOLO** para el pago de los aportes a salud y pensión, que en adelante a la ejecutoria de

esta sentencia, o al pago de esta condena (por conciliación o iniciativa propia de la demandada), genere la **Dra. SANDRA MILENA GUTIERREZ VARGAS** y mientras ocupe el cargo de Juez de la Republica.

SEPTIMO: NEGAR la condena en costas solicitada.

OCTAVO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189, 192 inciso 3° y 195 del CPACA.

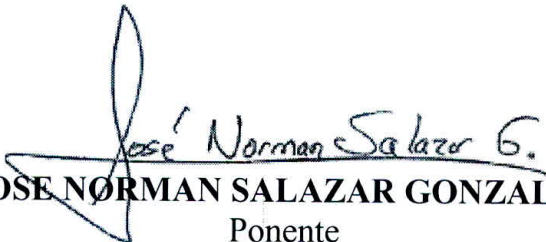
NOVENO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

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

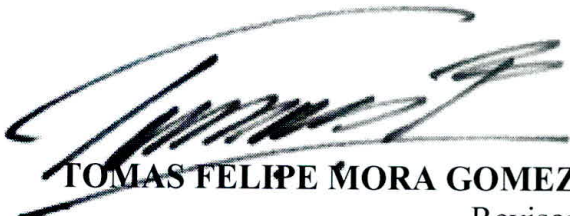
NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 24 de julio de 2023.

Los Conjueces;


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Ponente


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA DE CONJUECES

José Norman Salazar González

Conjuez Ponente

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haberse surtido con éxito todas las etapas procesales previas, por cuenta de este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante la señora **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** con ponencia de este Conjuez **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y con la participación de los Conjueces revisores, **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. ASUNTO

Actuando a través de apodero judicial, la demandante **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, para reclamar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en cantidad del 30% de su salario básico y por todo el periodo que se desempeñó como Juez de la Republica.

3. DECLARACIONES Y CONDENAS

Declaraciones:

- 1. INAPLICAR** los siguientes preceptos jurídicos: Artículos 6 y 7 del decreto 658 de 4 de marzo de 2008, artículo 4 del decreto 722 de 2009, artículo 8 del decreto 1388 de 2010, artículo 8 del decreto 1039 de 2011, artículo 8 del decreto 874 de 2012, artículo 8 del decreto 1024 de 2013, artículo 8 del decreto 194 de 2014, artículo 4 del decreto 1105 de 2015, artículo 4 del

decreto 234 de 2016, artículo 4 del decreto 1003 de 2017, artículo 4 del decreto 338 de 2018 y subsiguientes, en lo que respecta a la prima especial de servicios, para los años 2019 y 2020.

2. DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- **Resolución DESAJMAR20-102 de 26 de febrero de 2020** “por medio de la cual se resolvió negativamente un derecho de petición”.
- **Resolución DESAJMAR20-214 de 19 de marzo de 2020** “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede un recurso de apelación”.
- **Resolución RH-3439 de 23 de marzo de 2022** “por medio del cual se resuelve un recurso de apelación”.

Condenas:

- 3. REINTEGRAR** y pagar a la Dra. **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** el mayor valor de la diferencia entre el valor a reliquidar y lo pagado a título de salario, bonificación por servicio, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales desde el momento en que mi mandante es Juez de la Republica de Colombia hasta que permanezca vinculada a la Rama Judicial en dicho cargo, por tal motivo, deberá reliquidar teniendo en cuenta como base la totalidad de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, esto es sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% -o más- por la denominada “prima especial” de servicios.
- 4. SEGUIR** liquidando a la Dra. **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** la bonificación por servicios, la prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos prestacionales teniendo como base el 100% de la remuneración básica mensual de cada año y los demás factores salariales, sin deducir o descontar de esta remuneración el 30% -o más- por la denominada “prima especial” de servicios.
- 5. INDEXAR** la mayor diferencia de los valores prestacionales y salariales reliquidados y dejados de percibir, de forma continua conforme el IPC, desde el momento de su ingreso como Juez de la Republica y hasta su pago total.
- 6. INCLUIR** en nómina y seguir pagando la asignación básica mensual más

la prima especial de servicios equivalente al 30% -o más- dejado de percibir por la Dra. **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ**, el cual tendrá efectos directos y consustanciales en las vacaciones, prestaciones sociales (la bonificación por servicios, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, y demás emolumentos prestacionales), seguridad social integral (salud, pensión y riesgos laborales) y demás acreencias laborales.

7. **AJUSTAR** dichas sumas de conformidad con las normas adjetivas y sustanciales del CPACA y demás preceptos jurídicos que tratan la materia.

8. **CONDENAR** a la entidad demandada, en costas y agencias en derecho.

4. HECHOS

La doctora **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** viene laborando al servicio de la Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial, en el cargo de Juez de la República desde el 4 de mayo de 2009 y a la fecha de presentación de esta demanda, aun continuaba ejerciendo dicho cargo.

5. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La Dra. **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** a través de apoderado, el 28 de enero de 2020, solicitó el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y la reliquidación de todas las prestaciones y factores salariales incluyendo el 30% de la denominada prima especial de servicios.

La demandada negó lo solicitado por medio de la **Resolución DESAJMAR20-102 de 26 de febrero de 2020**. Contra este acto administrativo, la parte demandante se opuso a través del recurso de apelación en cual fue concedido a través de la **Resolución DESAJMAR20-214 de 19 de marzo de 2020**, sin embargo, pasado el término legal contemplado en el artículo 86 del CPACA sin obtener una respuesta de la parte demandada, se configuró el silencio administrativo negativo y derivó en un **acto administrativo ficto presunto negativo**.

6. CONCILIACIÓN PREJUDICIAL

El **19 de noviembre de 2020**, la demandante por intermedio de su apoderado, presentó ante la Procuraduría General de la Nación **solicitud de conciliación**. Le correspondió su conocimiento al Procuraduría 29 Judicial II

Administrativa de esta ciudad, quien la declaró fallida, ante la falta de ánimo conciliatorio, dando por terminada esta etapa y permitiendo a la demandante reclamar ante esta jurisdicción.

7. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

7.2. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 25, 53, 58 y 228.

7.3. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2º, 12º-párrafo y 14º de la ley 4ª de 1992; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 10, 102, 137, 148, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 152-7º de la Ley 270 de 1996.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho la demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al venir liquidando las prestaciones sociales de la demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de todos los ingresos devengados por este.

8. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA y DE LA REFORMA.

La NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Concejales, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los

¹ Radicado n° 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior y frente al fallo judicial citado, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, en resumen, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analizada trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de crear un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones de la demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses de la demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo ordene, acarrearía sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los años 1997 a 2007, dejó por fuera los decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente a la demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

Agregó como excepciones; **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario (iii). Prescripción trienal laboral e (iv). Innominada.**

De acuerdo con lo anterior, solicita se nieguen todas las pretensiones de la demanda.

9. ANTECEDENTES PROCESALES

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

Presentación de la demanda el 24 de noviembre de 2020 - *01ActaRepartoTribunal*-, declaración de impedimento de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Caldas el 12 de febrero de 2021 - *05DeclararImpedimentoSala*-, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 26 de agosto de 2021 - *11AutoAceptaImpedimentoCE*-, sorteo de Conjueces el 30 de junio de 2022 - *17ActaSorteoConjueces*-, admisión de la demanda el 25 de agosto de 2022 - *19AdmiteDemanda*-, notificación electrónica de la demanda el 26 de agosto de 2022 - *20Notificacion*-, admisión de la reforma de la demanda el 13 de octubre de 2022 - *24AdmiteReforma*- y su notificación el 14 de octubre de 2022 - *25Notificacion*-, traslado de excepciones n° 059 de 19 de diciembre de 2022 - *27TrasladoExcepciones*, *28Notificacion*-, rechaza integración de la litis por auto 013 de 24 de enero de 2023 - *31AutoRechazaIntegracionLitis*, *32Notificacion*-, decreta pruebas, fija litigio y corre traslado para alegar el 6 de febrero de 2023 - *33NiegaPruebasFijalitigioAlegatos*, *34Norificacion*-.

10. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder de la demandante **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** para el abogado **Dr. JUAN GUILLERMO OCAMPO GONZALEZ** (fl. 1), escrito de la demanda - *02EscritoDemanda*- y pruebas allegadas con la demanda - *03PruebasDemanda*-, escrito de reforma de la demanda - *21ReformaDemanda*-, poder a la abogada Johana Franco Cano, contestación de la demanda, actuación administrativa - *22ContestacionDemanda*-, contestación a la reforma - *26ContestacionReforma*- pronunciamiento frente a las excepciones - *29PronunciamientoExcepciones*-, alegatos de las partes - *35AlegatosDemandante*, *36AlegatosDemandada*-.

10. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

a. Demandante.

En la demanda:

Resolución n° 658 de 2 de octubre de 2020 “por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación”, **Derecho de petición** de 28 de enero de 2020, **resolución DESAJMAR20-102 de 26 de febrero de 2020** “por medio de la cual se negó una petición” y su constancia de notificación, **recurso de reposición y en subsidio apelación, constancia laboral n° 0089 de 7 de febrero de 2020**, de tiempos de servicio y emolumentos cancelados a la Dra. Jackeline García Gómez, en la Rama Judicial y desde el 4 de mayo de 2009 a la fecha de la constancia, **resolución DESAJMAR20-214 de 19 de marzo de 2020** “por medio de la cual se resolvió un recurso de reposición y se concedió uno de apelación” y su constancia de notificación -03PruebasDemanda-.

En la reforma:

Resolución RH-3439 de 23 de marzo de 2022 “por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación” y su constancia de notificación -21ReformaDemanda-.

b. Demandada:

- Actuación administrativa -22ContestacionDemanda.

11. TRASLADO DE EXCEPCIONES.

A través del artículo 175 del CPACA, el 19 de diciembre de 2022 se corrió traslado a la parte demandante de las excepciones; **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario (iii). Prescripción trienal laboral e (iv). Innominada.**

La parte demandante, se pronunció de manera abstracta respecto de todos ellos por lo que realizó una exposición genérica de los supuestos facticos y jurídicos que determina la responsabilidad del Estado. Dice que el Gobierno nacional desdibujó el sentido del artículo 4° de la Ley 4ª de 1992, que al determinar la facultad del Gobierno de establecer el sistema salarial de los empleados -para este caso, de los funcionarios- año tras año, el cual debe aumentar, pero en el caso de la prima especial de servicios, a pesar de fijarla como el 30% del salario básico, permitió un desmejoramiento de la asignación

salarial de los funcionarios de la Rama Judicial -entre otros-, al referirse a esta prestación social, como -no salarial-, lo que permitió a la demandada, extraerla del mismo salario básico del funcionario, es decir, desmejoró este al dividir el 100% de este, en 30% que consideró la prima especial de servicios y 70% restante, como salario básico, igualmente paso con las prestaciones sociales, pues no solo se reliquidaron sobre el 70% del salario básico, sino que se desconoció el carácter de factor salarial que tiene la prima y no la tuvo en cuenta a la hora de liquidar las demás prestaciones sociales.

Con esto el Gobierno y la misma demandada, desconocieron la orden emitida por el artículo 2 de la citada ley, el cual prohíbe el desmejoramiento de los salarios de estos funcionarios. Ahora bien, no podría entonces alegar la demandada imposibilidad presupuestal para el pago, pues no es una excusa valedera que permita desconocer derechos adquiridos, los cuales son fruto de su trabajo.

12. SENTENCIA ANTICIPADA -ART. 182A CPACA-

Por auto 080 de 6 de febrero de 2023 y aprovechando la figura de sentencia anticipada contenida en el artículo 182A del CPACA, en atención a que esta causa es un asunto de “...pleno derecho” y a que “...las pruebas solicitadas por las partes son impertinentes, inconducentes o inútiles.”.

Así las cosas, se decretaron y practicaron las pruebas aportadas en la demanda, la reforma y en la contestación, y se negaron las pruebas solicitadas por la demandante y la demandada, en tanto los documentos peticionados, ya se encontraban en el expediente y se cerró el periodo probatorio. Se fijó el litigio, se determinaron los hechos sobre los que no existe manto de duda y respecto de los cuales, no existe acuerdo entre las partes, se dejó en claro cuales son las pretensiones de la demanda y el problema jurídico se planteó de la siguiente manera:

- a) *Que la Dra. JACKELINE GARCÍA GOMEZ tiene derecho a la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.*
- b) *Que la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 es factor salarial y;*
- c) *Que se debe aplicar la prescripción trienal y en su defecto, puede afectar total o parcialmente el periodo reclamado en la demanda.*

Finalmente se corrió traslado a las partes, para presentar las alegaciones por escrito.

13. ALEGACIONES FINALES

Oportunidad que fue aprovechada, solo ambas partes. El Ministerio Público, guardó silencio.

Demandante y demandada.

La demandante ratificó la postura que, de la responsabilidad del Estado, asumió frente a las excepciones, sin agregar nada nuevo - 35AlegatosDemandante-, mientras que la demanda, defendió la tesis que viene defendiendo en la contestación de la demanda y de la reforma, reiterando que la prima especial que se reclama, no tiene carácter de factor salarial, norma que fue sometida a examen de constitucionalidad, declarada exequible por lo que es un pronunciamiento que constituye cosa juzgada constitucional y debe respetarse por el Juzgador. De igual, manera, reitera la ocurrencia del fenómeno de la prescripción sobre parte del periodo reclamado. No agregó nada nuevo - 36AlegatosDemandada-.

14. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y, a esta Sala de Conjuces por sorteo celebrado el 30 de junio de 2022.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

La Sala hace una revisión de las actuaciones hasta ahora surtidas en este medio de control, encontrando que todas han seguido al pie de la letra los rigores legales y jurisprudenciales, al paso que no halló causal alguna de nulidad, impedimento o recusación en el que pudieran estar incursos los Conjuces que integran esta sala de decisión.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

Se define así;

- a) *Que la **Dra. JACKELINE GARCÍA GOMEZ** tiene derecho a la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.*
- b) *Que la prima especial de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 es factor salarial y;*
- c) *Que se debe aplicar la prescripción trienal y en su defecto, puede afectar total o parcialmente el periodo reclamado en la demanda.*

d. INTRODUCCION A LAS CONSIDERACIONES.

Antes de iniciar con el análisis de la Sentencia, resulta importante reafirmar que este fallo acogerá en su integridad lo dispuesto en la ***Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado***, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

e. ANALISIS

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)”

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario

devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, **quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales**, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4ª de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<i>Salario básico: \$10.000.000</i>	<i>Salario básico: \$10.000.000</i>
<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>	<i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i>
<i>Salario sin prima: \$7.000.000</i>	<i>Salario más prima: \$13.000.000</i>
<i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i>	<i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i>

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos³, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los postulados normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4ª de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4ª de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁴, la cual concluyo que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico, así las cosas, el sueldo real que debió recibir el demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995,

³ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA.

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del salario básico de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrojadas al proceso, no quedan dudas que la demandante inició su vinculación a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica y de su análisis es claro que, de su propio salario, fue deducido el valor de esta prestación social, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima

constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1°.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁵ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de 1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁶

Tal como lo adujo la parte demandada, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁷, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4ª de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁸.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

⁵ **Artículo 1°.** Aclárese el artículo 1° de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4ª de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularon con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6° del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

⁶ Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

⁷ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

⁸ Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrito de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4ª de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (Negrillas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios NO tiene carácter salarial, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjuces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

*A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la **pensión de jubilación** de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.*

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁹.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹⁰.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹¹ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima, entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama el demandante, **SOLO reviste el carácter de factor salarial para efectos de cotización a pensión**, por ende, se declarará probada la excepción de cosa juzgada constitucional.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL -Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró

⁹ Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

¹⁰ Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7° del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por periodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Cita de cita: Ibídem

posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

*Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, **que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial**, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al administrado para solicitar a la Consecuente con lo administrado su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁴. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma

¹⁴ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlene Bello Sánchez.

definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁵ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶ . [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]”. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial...”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo paso del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7° del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7° del Decreto 50 de 1998 y 8° del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

Sin embargo, un giro a la línea jurisprudencial se dio en el Consejo de Estado, Sección Segunda - Sala de Conjuces¹⁷, en que determinaron que la prescripción debía tomarse contando solo tres (3) años atrás desde el inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación.

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación, se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1° de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4ª de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁸. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley

17 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

¹⁸ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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

1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)¹⁹.

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²⁰. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.
- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.
- **De la tesis estricta:** esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como

¹⁹ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²⁰ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Finalmente, en Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2°-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, se fijó una nueva posición frente a este fenómeno:

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²¹: (i) que el termino de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento sine qua non, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4ª de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Maria Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron

²¹ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, peso solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

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

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

erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4ª de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993 ”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, la Sala de Conjuces acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia. Lo que significa que, si la reclamación administrativa fue iniciada el 28 de enero de 2020, ***los periodos anteriores al 28 de enero de 2017 fueron afectados por el fenómeno de la prescripción trienal laboral.***

Prescripción frente a los aportes a pensión:

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio in dubio pro operario; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección

que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²²

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones -COLPENSIONES-, las diferencias no pagadas por todo el periodo desde que la demandante viene ocupando el cargo de Juez de la Republica.

15. PRONUNCIAMIENTO DE LA SALA FRENTE A LAS EXCEPCIONES

Del cuerpo de la contestación de la demanda, la entidad demandada presentó las siguientes excepciones; **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario (iii). Prescripción trienal laboral e (iv). Innominada**, las cuales la sala pasará a pronunciarse por separado.

Mediante providencia del 24 de enero de 2023, se resolvió la excepción de **integración del litis consorcio necesario**, se negó y por lo tanto, no se hará pronunciamiento alguno, frente a esta excepción.

(i). Imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo: Al respecto dice la demanda que, con ocasión de sentencia de unificación del 2 de septiembre de 2019, del Consejo de Estado, el Comité Nacional de Defensa Judicial y Conciliación de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial se reunió y aprobó conciliar solo en los casos en que los reclamantes sean Jueces retirados o de aquellos que fueron nombrados como tal en un periodo que ya terminó, los cuales deben además conciliar la sentencia o la demanda y se les pague por el rubro de “sentencias y conciliaciones”, los demás como es el caso de la demandante, al estar activos, se les debe pagar por el rubro de “gastos de personal”, el cual aun no tiene una asignación de recursos de parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de la Nación, que permita cubrir las acreencias laborales

²² Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

reclamadas. Tampoco es posible conciliarlos, porque hacerlo va en contra vía con la prohibición contenida en el artículo 71 del Decreto 111 de 1996, compilatorio del artículo 86 de la Ley 38 de 1989, y en el artículo 2.8.3.2.1 del Decreto 1068 de 2015, el cual establece “*todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que se garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos. Igualmente, estos compromisos deberán contar con registro presupuestal para que los recursos con el financiados no sean desviados a ningún otro fin...*”.

Los inconvenientes que plantea la demandada y que impiden el reconocimiento y pago de las acreencias laborales reclamadas por la demandada, son del orden administrativo interno de la entidad demandada, los cuales debe superar la demandada pero no puede pretender cargarlos en detrimento de los derechos laborales legales y constitucionales de los servidores públicos, no son entonces argumentos que validen la continuada y repetitiva violación en el desconocimiento del pago de la prima especial de servicios a la demandante, por lo que se declara impróspera esta excepción.

(ii). Prescripción trienal laboral: conforme la tesis planteada por la Sentencia de Unificación acogida por esta decisión, los derechos laborales prescriben contados tres años a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho que, en este caso, prescriben los periodos anteriores al 5 de abril de 2015, sin embargo, no ocurre lo mismo, respecto de los aportes a pensión, como también se dijo anteriormente, por lo que se declarará la **prosperidad parcial de esta excepción**.

(iii). Innominal: Solicita la demandada declarar la prosperidad de cualquier otra excepción que resulte probada. Frente a esto y del estudio realizado por la Sala de este proceso, no se encontró ninguna otra excepción que amerite declarar.

16. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios del trabajo realizado por el apoderado de la demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²³, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte demandada, la Sala de Conjuces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

17. CASO CONCRETO Y CONCLUSIONES

Quedo claro que la demandante **JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** viene laborando al servicio de la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en el cargo de **JUEZ DE LA REPUBLICA** desde el 4 de mayo de 2009.

Conforme los antecedentes jurisprudenciales sobre la prima de servicios contemplada en el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 se ordenará:

1. Tiene derecho la demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, equivalente al 30% del salario básico, sobre el 100% de este y no del 70% de este, como se viene haciendo.
2. La prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 solo constituye factor salarial para efectos de la liquidación de los aportes a salud y pensión.
3. La prescripción se aplica frente a la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, este fenómeno se

²³ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control n° 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia. La mencionada sentencia precisa que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en o costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

interrumpe con la exigencia del derecho y opera contados tres años atrás, de esta fecha. En el caso en concreto, prescribieron los periodos anteriores al **28 de enero de 2017**. No ocurre lo mismo con los aportes a pensión, los cuales, nunca prescriben, y en consecuencia debe la demandada pagar la prima especial de servicios y reliquidar los aportes a pensión generados durante todo el tiempo en que ha ocupado el cargo de Juez de la República la demandante y consignar las diferencias al fondo de pensiones escogido por ella.

4. Debe la demandada incluir en nomina el pago de la prima especial de servicios, y seguir incluyéndola como factor salarial pero solo para el pago de su salud y pensión.
5. No hay lugar a la condena en costas de ninguna clase.

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

18. FALLA

PRIMERO. ACOGER de manera integral lo dispuesto en la *Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado* y en consecuencia **INAPLICAR** parcialmente los siguientes preceptos jurídicos, en lo relacionado con la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 y solo en lo que le es contrario a la sentencia de unificación citada: *artículos 6 y 7 del decreto 658 de 4 de marzo de 2008, artículo 4 del decreto 722 de 2009, artículo 8 del decreto 1388 de 2010, artículo 8 del decreto 1039 de 2011, artículo 8 del decreto 874 de 2012, artículo 8 del decreto 1024 de 2013, artículo 8 del decreto 194 de 2014, artículo 4 del decreto 1105 de 2015, artículo 4 del decreto 234 de 2016, artículo 4 del decreto 1003 de 2017, artículo 4 del decreto 338 de 2018 y subsiguientes, en lo que respecta a la prima especial de servicios, para los años 2019 y 2020.*

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- *Resolución DESAJMAR20-102 de 26 de febrero de 2020.*
- *Resolución DESAJMAR20-214 de 19 de marzo de 2020.*
- *Resolución RH-3439 de 23 de marzo de 2022.*

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los periodos anteriores al **28 de enero de 2017** y no probadas las demás excepciones: **(i). imposibilidad presupuestal de reconocer los derechos reclamados por el actor al encontrarse en servicio activo, (ii). Integración del litis consorcio necesario e (iii). Innominada**, por las razones expuestas en este proveído.

CUARTO: CONDENAR a la la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 en iguales términos dispuestos en la sentencia de unificación mencionada en el numeral primero de esta providencia y en consecuencia; se le ordena reconocer y pagar a favor de la demandante **Dra. JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** el valor no pagado, por concepto de prima especial de servicios, equivalente al 30% del total del sueldo básico, devengado por esta, por los periodos posteriores al **28 de enero de 2017**.

QUINTO: DECLARAR que la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, solo constituye **FACTOR SALARIAL** para efectos de los aportes a salud y pensión y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** hacer nuevamente los cálculos para el aporte a pensión de la **Dra. JACKELINE GARCÍA GÓMEZ**, incluyendo la prima especial de servicios como factor salarial y consignar al fondo de pensiones al cual está adscrita la demandante, la diferencia no pagada por todo periodo en que ha venido ejerciendo el cargo de Juez de la Republica a cargo de la demandada.

SEXTO: ORDENAR a la demandada **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** que deberá seguir reconociendo y pagando la prima especial de servicios, regulada por el artículo 14 de la Ley 4ª de 1992, en porcentaje del 30% de su salario básico, mensualmente y reconocerle su carácter de factor salarial **SOLO** para el pago de los aportes a salud y pensión, que en adelante a la ejecutoria de esta sentencia, o al pago de esta condena (por conciliación o iniciativa propia de la demandada), genere la **Dra. JACKELINE GARCÍA GÓMEZ** y mientras ocupe el cargo de Juez de la Republica.

SEPTIMO: NEGAR la condena en costas solicitada.

OCTAVO: ORDENAR a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia deberá efectuarse en los términos previstos en los artículos 189, 192 inciso 3° y 195 del CPACA.

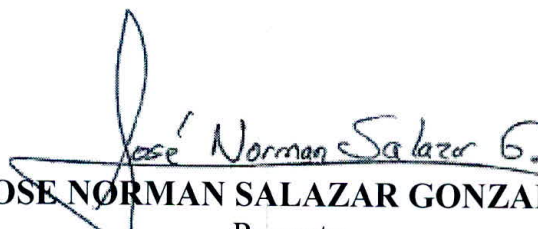
NOVENO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

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

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en sala celebrada el 24 de julio de 2023.

Los Conjueces;


JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Ponente


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Revisor


TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Revisor

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala de Conjueces
-José Mauricio Baldion Álzate-

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

De acuerdo con el mandato conferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del 15 de marzo de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento y procedo a decidir al respecto de la admisión o inadmisión de este medio de control.

Estudiada la demanda, encuentra este funcionario que se trata del medio de control estipulado en el artículo 138 de la Ley 2080 de 2021, además de que reúne los requisitos contemplados en los artículos 155 a 164 del CPACA, en consecuencia; se **ADMITE** la demanda presentada por la señora **KEVIN ALEJANDRO ROJAS ECHEVERRY** por intermedio de apoderado, contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, y en consecuencia; se imparten las siguientes ordenes:

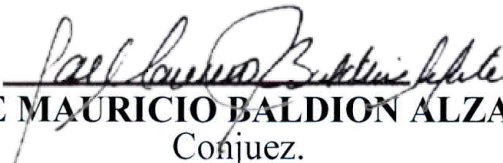
1. Ejecutoriada esta providencia **NOTIFIQUESE**;

- 1.1. **PERSONALMENTE** al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales en la forma y los términos indicados en el artículo 12 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 60 de la Ley 1437 de 2011, mensaje que debe contener copia de esta decisión.
- 1.2. A la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL- RAMA JUDICIAL**-Seccional Caldas al buzón de correo electrónico dsajmzlnotif@ramajudicial.gov.co.
- 1.1. Al buzón de correo electrónico procjudadm28@procuraduria.gov.co; perteneciente al **MINISTERIO PUBLICO** informando a la Secretaria de la corporación.
- 1.2. Al buzón de correo electrónico de la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL**

ESTADO procesosterritoriales@defensajuridica.gov.co.

- 1.1. **CORRASE** traslado de la demanda a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** por el termino de 30 días, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 172 del CPACA, plazo que comenzará a correr pasados dos (2) días, después de surtida la notificación electrónica, para lo cual la Secretaria dejará constancia del vencimiento de este término en el expediente.
2. **PREVENGASE** a la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** para que, con la contestación de la demanda, allegue copia completa del expediente administrativo, que contenga los antecedentes de los actos acusados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima, conforme lo ordenado por el artículo 175 del CPACA.
3. **RECONOCER PERSONERIA** para actuar en representación del señor **KEVIN ALEJANDRO ROJAS ECHEVERRY** al abogado **JOSE FERNANDO MEJIA MAYA** identificado con la cédula de ciudadanía n° 75.102.000 y la tarjeta profesional n° 295.081 del C.S.J., en los mismos términos y condiciones del poder obrante en el archivo - 03Poder- contenido en el expediente digital.

Notifiquese y Cúmplase.


JOSE MAURICIO BALDION ALZATE
Conjuez.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
José Nicolas Castaño García
Conjuez Ponente**

A.I. 308

Asunto:	Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-005-2018-00216-03
Demandante:	Eliza Arias Cruz.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, veinticuatro (24) de julio del año dos mil veintitrés (2023)

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 14 Abril de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 15 de Julio de 2021, según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 24 de Junio de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

ADVIERTASE al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA

Conjuez

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. 126 del 25 de Julio de 2023.  P/ VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS Secretaría

CONSTANCIA SECRETARIAL: Informo al Señor Magistrado, que correspondió por reparto el presente proceso; está pendiente de admitir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia. Pasa a despacho el expediente para resolver.

JULIO 24 de 2023.

P/
VILMA PATRICIA RODRIGUEZ CARDENAS
Secretaria

Medio de Control: PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
Radicación: 17001-33-33-001-2022-00241-02
Demandante: ENRIQUE ARBELAEZ MUTIS
Demandado: MUNICIPIO DE MANIZALES



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Unitaria

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023)

A.S. 133

De conformidad con lo estipulado en los numerales 3, 4 del artículo 247 del CPACA, (modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021), se admite el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 16 de junio de 2023 (Archivo PDF 28 Expediente digital), al haberse interpuesto de manera oportuna, toda vez que el recurso se recibió vía correo electrónico el 21 de junio de 2023 (Archivo 30 ED) es decir dentro de los 3 días siguientes a la notificación de la sentencia (20-06-2023).

Vencido el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso de apelación y en el caso de no allegarse por las partes solicitudes, práctica o decreto de pruebas, pasa el expediente a despacho para dictar sentencia, numeral 5 del artículo 247 del CPACA y 44 de la ley 472 de 1998.

Notifíquese personalmente al Señor Agente del Ministerio Público y por estado electrónico a las demás partes, a las cuales se le enviará el mensaje de datos según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA y numeral 6º del art.247 CPACA.

Notifíquese y cúmplase

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE
CALDAS**

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 126

FECHA: 25/07/2023

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticuatro (24) de julio de dos mil veintitrés (2023).

AI 173

Radicación	17 001 23 00 000 2023 00131 00
Medio de control	Nulidad electoral
Demandante	Yhonatan Estiven Grajales López
Demandado	Angélica María Cortés Hidalgo – Secretaria Concejo de la Merced-

Se encuentra el expediente a Despacho para resolver sobre la admisión de la demanda de la referencia.

I. Antecedentes

Mediante demanda presentada dentro del medio de control de nulidad electoral se solicita:

- “Se DECLARE la nulidad del acto de elección de la señora ANGELICA MARIA CORTES HIDALGO como Secretaria General del Honorable Concejo Municipal de la Merced, Caldas, acto que se protocolizó mediante resolución 100.025.030 del 02 de junio de 2023.*
- 2. Se DECLARE la nulidad del acto de posesión de la señora ANGELICA MARIA CORTES HIDALGO como Secretaria General del Honorable Concejo Municipal de la Merced, Caldas.*
- 3. En consecuencia, de lo anterior ORDENAR al Honorable Concejo Municipal de la Merced, Caldas, que respete los criterios de evaluación y puntaje de la convocatoria pública no. 01 de 2023 para proveer el cargo de secretaria(o) general del concejo municipal de La Merced, Caldas y expida el acto correspondiente para que se respete el orden de puntuación y el suscrito sea el que se posesione para el cargo por el mérito según los actos expedidos por esa corporación.”*

En el capítulo denominado “VIII COMPETENCIA” expone: “Es usted competente señor juez A la naturaleza del asunto, el lugar donde ocurrieron los hechos y el domicilio de las partes; según lo pregona el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA en el artículo 151, numeral 6, literal C que expresan: (...) c) De los de nulidad

electoral de los empleados públicos de los niveles profesional, técnico y asistencial o equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. La competencia por razón del territorio corresponde al tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios.”

II. Consideraciones

Para resolver lo pertinente, conviene tener en cuenta, de una parte, que, en el medio de control de nulidad electoral, se solicita la nulidad del acto mediante el cual se declaró electa a la señora Angélica María Cortés Hidalgo en calidad de secretaria del Concejo municipal de La Merced.

Y, a fin de establecer la competencia para conocer de la presente demanda es preciso remitirse al numeral séptimo del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021 que dispone:

“Artículo. 152. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

7. De los siguientes asuntos relativos a la nulidad electoral:

c) De la nulidad de los actos de elección o llamamiento a ocupar curul, según el caso, distintos de los de voto popular, y de los de nombramiento, sin pretensión de restablecimiento del derecho, de empleados públicos del nivel directivo, asesor o sus equivalentes en los órdenes nacional, departamental y distrital, así como de los municipios de setenta mil (70.000) habitantes o más, o que sean capital de departamento, independientemente de la autoridad nominadora. Igualmente, de los que recaigan en miembros de juntas o consejos directivos de entidades públicas de los órdenes anteriores, siempre y cuando la competencia no esté atribuida expresamente al Consejo de Estado;

De la norma transcrita, queda claro que la demanda presentada dentro del medio de control de nulidad electoral, sólo sería de competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia, cuando el número de habitantes del respectivo municipio sea de 70.000 o más.

En este caso, al realizar la correspondiente consulta en el Departamento Nacional de Estadística DANE¹, aparece que el municipio de la Merced – Caldas, contaba para el año 2018 con una población total de cinco mil trescientos veinticinco (5.325) habitantes.

¹ <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivenda-2018>.

Da cuerdo con lo expuesto, queda claro que el Municipio de La Merced no cuenta con un número de habitantes superior a los setenta mil (70.000) de que trata el literal C del numeral 7 del artículo 152 del CPACA; motivo por el cual, no resulta el asunto de la referencia competencia de este Tribunal Administrativo, siendo competencia sí, en primera instancia de los Juzgados Administrativos, como lo dispone el numeral 9 del artículo 155 del CPACA:

“(...) 9. De los asuntos relativos a la nulidad del acto de elección por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento, sin pretensión de restablecimiento del derecho, cuya competencia no esté asignada al Consejo de Estado o a los tribunales administrativos. Igualmente, conocerán de la nulidad de la elección de los jueces de paz y jueces de reconsideración.

En ese orden, corresponde remitir el presente proceso a la Oficina Judicial para que allí se efectúe el reparto entre los Jueces Administrativos de este circuito, en atención a lo dispuesto en el artículo 168 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

III. Resuelve

Primero: Declárase la falta de competencia, para avocar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de **nulidad electoral** promovió el señor **Yhonatan Estiven Grajales López** contra la señora **Angélica María Cortés Hidalgo – Secretaría Concejo de la Merced-**.

Segundo: Ejecutoriado el presente auto, remítase la demanda a la Oficina Judicial de esta ciudad, a fin de que sea repartida entre los Juzgados Administrativos del Circuito, a fin de asumir el conocimiento del presente asunto, previas las anotaciones pertinentes en el programa “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **b6b26b68291247e5c343668db8dd6d3c4a86fdb1fc3ed201d44d41cae5a8b6a**

Documento generado en 24/07/2023 01:51:05 PM

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