

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA UNITARIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 156

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00111-00
NATURALEZA: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
DEMANDANTE: David Ricardo Cano Baena
DEMANDADO: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN
Link expediente: [1700123330020230011100D03NRD](https://expediente.dian.gov.co/1700123330020230011100D03NRD)

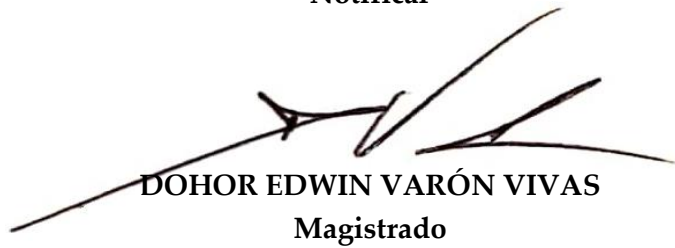
Estudiado el escrito de demanda y al advertirse con el lleno de los requisitos señalados en los artículos 162 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Despacho procede a **admitir** la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, instaura el **David Ricardo Cano Baena** contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN; en consecuencia, para su trámite se dispone:

1. **Notificar** por estado a la parte demandante, de acuerdo a lo previsto en los artículos 171, 201 y 201A del CPACA, y por medio electrónico, con fundamento en lo prescrito en el artículo 205 ibídem.
2. **Notificar** este auto personalmente a la **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN**, de conformidad con lo prescrito en los artículos 199 y 200 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
3. **Notificar** personalmente este proveído al señor **Agente del Ministerio Público**, de conformidad con lo prescrito en los artículos 171, 198 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
4. Por Secretaría, déjese constancia en el expediente del acuse de recibo o del acceso del destinatario al mensaje, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
5. **Correr traslado** de la demanda a la accionada y al Ministerio Público por el término de **treinta (30) días**, para contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía y presentar demanda de reconvención, de acuerdo con el artículo 172 del CPACA; del auto notificado solo se empezarán a contabilizar a los dos (2) días hábiles siguientes al del envío del mensaje y el término respectivo empezará a correr a partir del día siguiente. De requerirse copia de la demanda y sus anexos quedarán en medio virtual en Secretaría a disposición de los notificados.
6. **Requerir** a la parte demandada para que incluya en la contestación de la demanda su dirección electrónica para notificaciones judiciales y aporte el expediente de la

actuación administrativa que dio origen al acto acusado, de conformidad con el numeral 7 y el párrafo 1° del artículo 175 del CPACA.

7. **Se reconoce** personería para actuar como representante judicial de la parte actora, al abogado **Genne Russell Rincón**, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.060.653.185 y con la tarjeta profesional número 309.563 del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad al poder que le fue conferido para el efecto.
8. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá no presentado.

Notificar



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 209

RADICADO: 17001-33-39-004-2013-00371-02

NATURALEZA: Proceso Ejecutivo

EJECUTANTE: Gabriela Giraldo Jaramillo

EJECUTADO: Nación – Ministerio de Educación - Fomag

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante contra la decisión mediante la cual se rechazó la demanda por falta de corrección.

I. Antecedentes.

Mediante auto del 18 de octubre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales dispuso el rechazo de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

“La parte ejecutante solicita se libre mandamiento de pago en su favor y en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FOMAG, por las sumas reconocidas en sentencia proferida por este despacho.

Mediante auto del 27 de octubre de 2021, se inadmitió la demanda ejecutiva con el fin que de allegaran “el folio 4 de la demanda o la liquidación que dé claridad de dónde sale la suma que pretenden ejecutar”, habiéndose ordenado por lo tanto su corrección en un término de cinco (05) días al tenor del Art. 90 del C.G.P.

El plazo otorgado para la subsanación del libelo transcurrió sin que la parte ejecutante hubiere dado cumplimiento a lo dispuesto por el Despacho, pues tan solo aportaron el folio 3, presentado con la demanda inicialmente, sin que tampoco hubieran allegado alguna liquidación que indique de donde se desglosa la suma que pretenden ejecutar \$16.882.080; como por ejemplo, si ya están descontados los abonos realizados por la entidad y si dentro de esa cuantía están incluidas las costas del proceso.

A lo anterior se agrega que una vez visto el folio 63 del archivo 01DemandaEjecutiva.pdf del expediente electrónico, se observa un recibo de pago por la suma de \$7.519.939, sin que el mismo se vea reflejado en el cuerpo de la demanda.

Siendo así, la corrección no se ajustó a lo ordenado en el auto inadmisorio y menos al título ejecutivo complejo aportado, debido a ello la demanda no ofrece claridad sobre las condiciones en que se llevó a cabo la liquidación, debiendo en consecuencia rechazarse la demanda.”

Contra el referido proveído la parte ejecutante interpuso recurso de apelación a fin de aclarar que la omisión del folio 4 de la demanda se debió a un yerro al momento de escanearla. También precisa que, al corregir la demanda, por error, anexó el folio 3 de la demanda y no el folio 4 que le fue requerido.

No obstante lo anterior, advierte que su intención siempre fue atender la orden de corrección del a quo y por esa razón procedió, en el recurso de apelación, a explicar que en los folios 2, 3 y 4 se encuentra toda la liquidación del capital, los abonos, los intereses causados y las costas, arrojando como valor a ejecutar, la suma de \$16.882.080.

En todo caso, señala que independientemente de la manera en que la parte demandante haga la liquidación, corresponde al juez librar mandamiento de pago en la forma en que lo considere legal, máxime cuando en esta etapa del proceso se estudian los requisitos de forma y no el fondo del asunto. Por lo anterior, solicita la revocatoria del auto apelado.

II. Consideraciones de la Sala

1. De los requisitos para decretar el mandamiento ejecutivo.

Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condena a una entidad pública al pago de sumas dinerarias, constituyen un título de recaudo ejecutable¹ ante esta jurisdicción².

En cuanto a la primera actuación que debe surtir en este tipo de actuaciones judiciales, -generalmente la relacionada con el mandamiento ejecutivo-, el juez debe centrar su atención en establecer si: i) la demanda fue interpuesta en la jurisdicción correspondiente y ante el juez competente, ii) el término para la presentación de la demanda ante esta jurisdicción no ha vencido, y, iii) la demanda formulada por el ejecutante cumple con los requisitos mínimos señalados en la ley³.

Verificado lo anterior, el Juez debe asegurarse que el título judicial reúna las condiciones de un título ejecutivo claro, expreso y actualmente exigible, esto es: i) que haya una obligación determinada o determinable, ii) la ejecutante acredite que la obligación efectivamente es a su favor, iii) se tiene certeza de quién es el deudor, iv) transcurrió el término legal o se cumplió la condición sin que el deudor cumpliera con la obligación que tenía a su cargo. Además, se debe verificar si hay lugar o no al reconocimiento de intereses, según el caso.

Los anteriores presupuestos de orden sustancial y formal le permiten al juez del proceso ejecutivo librar mandamiento de pago en contra del deudor para que éste cumpla con la obligación, interponga los recursos a lugar, formule las excepciones del caso encaminadas a demostrar el cumplimiento de la obligación de forma total o parcial, o se allane a las pretensiones de la demanda.

Respecto de los requisitos que debe reunir el título ejecutivo para que proceda la orden de mandamiento de pago, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido⁴:

“...Reiteradamente, la jurisprudencia⁵, ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. Las formales se refieren a los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, los cuales deben ser auténticos

¹ Numeral 1 del artículo 297 del CPACA

² El numeral 6, artículo 104 del CPACA señala entre otras, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de [...] *Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas* [...]

³Designación de las partes y sus representantes, pretensiones precisas y claras, hechos y omisiones, fundamentos de derecho de las pretensiones, pruebas, estimación razonada de la cuantía y lugar y dirección de las partes procesales para recibir las respectivas notificaciones.

⁴ Sección Tercera. Auto del once (11) de octubre de dos mil seis. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Auto de 4 de mayo de 2002, expediente 15679.

y emanar del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.

Las condiciones sustanciales consisten en que las obligaciones que se acrediten en favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o del causante, sean claras, expresas y exigibles.

El título ejecutivo bien puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido por un solo documento, como por ejemplo un título valor (v.gr. letra de cambio, cheque, pagaré, etc.); o bien puede ser complejo, cuando quiera que esté integrado por un conjunto de documentos, como por ejemplo - entre otros - por un contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc. En todo caso, la obligación contenida en los documentos que lo conforman, debe ser expresa, clara y exigible.

Es expresa la obligación que aparece precisa y manifiesta en la redacción misma del título; es decir que, en el documento que contiene la obligación, deben constar, en forma nítida, en primer término, el crédito del ejecutante y, en segundo término, la deuda del ejecutado; tienen que estar expresamente declaradas estas dos situaciones sin que, para ello, sea necesario acudir a lucubraciones o suposiciones.

La obligación es clara cuando aparece fácilmente determinada en el título; debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido.

Por último, es exigible cuando puede exigirse el cumplimiento de la misma por no estar sometida a plazo o condición...” (Subraya la Sala).

De la mano de lo anterior, el artículo 430 del Código General del Proceso establece cuál debe ser el alcance del mandamiento ejecutivo. Veamos:

Artículo 430. Mandamiento Ejecutivo. *Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquél considere legal.*
{...}

Siendo ello así, resulta claro que el Juez, antes de librar mandamiento ejecutivo, debe analizar si la forma en que la parte ejecutante solicita que lo haga, está conforme al contenido del título ejecutivo, el cual, por tratarse de una sentencia judicial en firme, no da lugar a controversia sobre su contenido intrínseco.

Lo anterior encuentra eco en el siguiente proveído del Consejo de Estado⁶:

33. De acuerdo con la norma en cita, en los eventos en que el título ejecutivo corresponda a una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, el demandado únicamente puede alegar las excepciones enlistadas de manera taxativa en su numeral 2.º.

34. Al respecto, esta Subsección⁷ ha recalcado que tales excepciones son taxativas y deben basarse en hechos posteriores a la respectiva providencia, lo que permite concluir que la ley no contempló la

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda – Subsección A Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintidós (2022) Referencia: Proceso Ejecutivo Radicación: 440012333000201200028011 (3161-2013)

⁷ Sentencia de 11 de noviembre de 2021, dentro del proceso 70001 -23-31 -000- 2007- 00165- 01(05 97-13), con ponencia del Consejero, Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

posibilidad de alegar la ilegalidad del título que contiene la obligación que se ejecuta y que «[...] se fundamenta en que más allá de determinar el cumplimiento de los requisitos de tipo formal y sustancial, el juez de la ejecución parte de la base de que el título que se exige cumplir declara la vigencia de un derecho que no se discute en la instancia de la ejecución». Esto con base en el siguiente razonamiento⁸ que se cita in extenso por su importancia para el análisis del problema jurídico:

«[...] En efecto, permitir un cuestionamiento de legalidad del acto presentado como título o base de recaudo en cuanto al derecho en él contenido, desconoce la naturaleza del proceso ejecutivo y, de contera, vulnera el debido proceso, en tanto que la valoración jurídica del derecho establecido como una obligación en el título se surtió ante un juez diferente a aquel que debe establecer si se llevó a cabo el pago de la obligación, esto es, ante el juez ordinario que fue al que la ley le atribuyó la competencia para realizar tal análisis.

Además, tal y como se señaló en la providencia transcrita, se le daría al proceso ejecutivo un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, se arrogaría una función no autorizada y se desconocerían los términos previstos para la formulación del juicio de legalidad.⁹

2. Análisis del caso concreto.

Sea lo primero indicar que, la consecuencia procesal de omitir la carga de corregir la demanda en el sentido indicado en el auto inadmisorio, es el rechazo¹⁰ de la misma.

Ahora bien, la orden de corrección de la demanda cuando en la misma no se indica con precisión y claridad lo que se pretende, encuentra fundamento en el artículo 90 numeral 1 del C.G.P. en concordancia con el artículo 82 numeral 4 de la misma codificación.

Sin embargo, en el sub iudice no se encuentran razones para confirmar la decisión de rechazo adoptada por el a quo comoquiera que, aunque la liquidación presentada por la accionante está incompleta, dentro del plenario reposan las piezas procesales indispensables para que la juez libre mandamiento de pago en la forma en que lo considere legal, tal y como se lo permite el artículo 430 del C.G.P. que a la letra dice:

*“Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.
[...].”*

Ello, pues si bien no fue aportada por la parte ejecutante la liquidación completa del crédito, existe en el expediente **i)** la copia de la sentencia base de recaudo con la respectiva constancia de ejecutoria; **ii)** el formato único para la expedición de certificado de salarios expedido por el departamento de Caldas, el cual da cuenta del salario percibido por la parte ejecutante en el año 2010; anualidad que se toma como referencia para calcular la sanción mora cuyo pago fue ordenado en la sentencia; **iii)** la liquidación de costas efectuada por el juzgado de conocimiento; **iv)** el desprendible de pago del banco BBVA en donde consta el abono efectuado por la Fidupervisora el 1° de agosto de 2018 en favor de la señora Gabriela Giraldo Jaramillo, en

⁸ *Ibidem*

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia del 18 de marzo de 2010, radicado 25 000 23 26 000 1997 0469 401 22339), M. P. (E) Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ Artículo 90 del C.G.P.

cumplimiento de un fallo judicial y por la suma de \$7.519.939; **v)** el certificado del FOMAG en el que se hace constar que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio programó pago de sanción por mora reconocida por la Secretaría de Educación de Caldas, a la docente Giraldo Jaramillo Gabriela, identificada con CC No. 24386339, con fecha 16 de Mayo de 2019, quedando a disposición a partir del 31 de Mayo de 2019 por valor de \$28,275,394, a través del Banco BBVA COLOMBIA por ventanilla, en la Sucursal Manizales. /Archivo 01 Demanda Ejecutiva/

Estos dos abonos fueron reconocidos por la parte ejecutante conforme a lo explicado por ella en el recurso de apelación, razón por la cual, están dadas las condiciones para que en primera instancia se provea sobre el mandamiento de pago en la forma en que sea legal; ello, además, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y no dilatar en el tiempo el referido trámite.

4. Conclusión.

De conformidad con lo señalado, la Sala revocará la providencia recurrida a fin de que el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales provea sobre el mandamiento de pago en la forma en que sea legal, esto es, abordando cada uno de los tópicos ordenados en el título ejecutivo y según lo discurrido precedentemente.

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

III. Resuelve

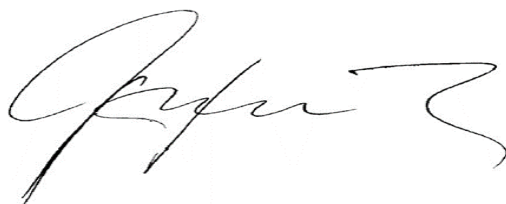
Primero: Revocar el auto del 18 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda ejecutiva promovida por la señora Gabriela Giraldo Jaramillo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fomag. En su lugar,

Segundo: El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe proveer sobre el mandamiento de pago en la forma en que sea legal, esto es, abordando cada uno de los tópicos ordenados en el título ejecutivo y según lo discurrido en la parte considerativa de este proveído.

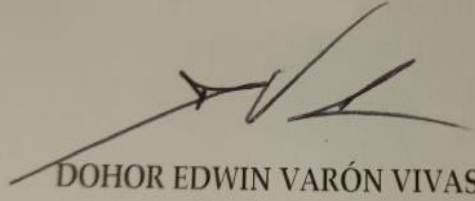
Tercero: En firme esta providencia, **devuélvase** la actuación al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión Ordinaria.



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 214

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17 001 33 33 002 2014 00177 02
Clase:	Ejecutivo
Demandante:	Recolectora de Papeles y Metales Cía S. en C.
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN

Procede el Despacho a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada.

I. Antecedentes

Mediante auto del 1° de agosto de 2022, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales resolvió lo siguiente:

PRIMERO: RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la excepción de inexistencia de título claro, expreso y exigible.

SEGUNDO: CORRER TRASLADO a la parte ejecutante de la excepción de pago de la obligación durante el término de diez (10) días dentro de los cuales podrá pronunciarse sobre la misma, adjuntar o pedir las pruebas que pretenda hacer valer. /Archivo 22/

Como fundamento de dicha decisión, se expuso lo siguiente:

“[...] se observa que en la contestación de la demanda la parte ejecutada dentro del término legal formuló las excepciones de inexistencia de título claro, expreso y exigible y de pago de la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 443, numeral 1, del C.G.P.

Ahora bien, el artículo 442, numeral 2 del Código General del Proceso, señala:

“Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por

indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida”.

Contra la referida decisión, la DIAN interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación insistiendo en la inexistencia de un título ejecutivo claro, expreso y exigible que permita acceder al mandamiento de pago deprecado en la demanda; textualmente, deja planteado que:

Para el caso, fue conformado por la demandante, como títulos ejecutivos los siguientes:

- a) Liquidación privada de ventas del bimestre 3 de 2012, presentada por la demandante el 11 de Julio de 2012.
- b) Requerimiento Especial, Nro. 2013 00009 del 01 de marzo de 2013, notificado el 06 de marzo.
- c) Sentencia Nro. 27 del 29 de febrero de 2016, dictado en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado nro. 2014 0017700, el Juzgado Segundo administrativo del circuito de Manizales.
- d) Sentencia Nro. 75 del 14 de septiembre de 2018, proferida por Tribunal Administrativo de Caldas.

Es importante señalar que los documentos anteriores no revisten la característica de título ejecutivo destacando lo siguiente:

- a) De la liquidación privada de ventas bimestre tres años 2012, presentada en el formulario No. 3008619056859 del 11 de Julio de 2012, se reitera que no es un título ejecutivo que provenga del deudor, tal como lo indica el artículo 422 del CGP:

[...]

Esta declaración privada es presentada por el contribuyente, como resultado de una obligación tributaria formal. No es un título suscrito u otorgado por parte de la entidad demandada. No es un documento que provenga del deudor.

- b) Con respecto al Requerimiento Especial, Nro. 2013 00009 del 01 de marzo de 2013, notificado el 06 de marzo, es un auto de trámite, dentro del procedimiento de discusión tributaria. No cuenta con las condiciones de un título ejecutivo.

- c) Sentencia No 27 del 29 de febrero de 2016, dictada en proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado nro. 2014 0017700 [...] NO SE CONDENÓ POR INTERESES CORRIENTES NI MORATORIOS, TAMPOCO POR INDEXACIÓN DEL SALDO A FAVOR.

A través de auto del 5 de septiembre de 2022 se negó el recurso de reposición iterando que *“la excepción de inexistencia de título claro, expreso y exigible no se encuentra dentro de las procedentes de manera nominal, ni el contenido que a la misma otorga la recurrente resulta concordante con alguna de las que señala la norma.”* De otro lado, se concedió el recurso de apelación ante este Tribunal. /Archivo 32/

II. Consideraciones

1. Procedibilidad y oportunidad del recurso de apelación interpuesto.

De conformidad con el artículo 321 numeral 4 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa establecida en el parágrafo segundo del artículo 243 del CPACA¹,

¹ Modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021.

tratándose de procesos ejecutivos son apelables los autos que rechacen de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo.

En ese orden de ideas, contra el auto interlocutorio del 1° de agosto de 2022 por medio del cual se rechazó la excepción de inexistencia de título claro, expreso y exigible, procede recurso de apelación.

2. Excepciones procedentes dentro del proceso ejecutivo.

Para resolver lo pertinente conviene citar el artículo 442 del Código General del Proceso que a la letra dice:

Artículo 442. *La formulación de excepciones se someterá a las siguientes reglas:*

1. Dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo el demandado podrá proponer excepciones de mérito. Deberá expresar los hechos en que se funden las excepciones propuestas y acompañar las pruebas relacionadas con ellas.

2. Cuando se trate del cobro de obligaciones contenidas en una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.

3. El beneficio de excusión y los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago. De prosperar alguna que no implique terminación del proceso el juez adoptará las medidas respectivas para que el proceso continúe o, si fuere el caso, concederá al ejecutante un término de cinco (5) días para subsanar los defectos o presentar los documentos omitidos, so pena de que se revoque la orden de pago, imponiendo condena en costas y perjuicios. /rft/

La DIAN considera que la excepción de inexistencia de título claro, expreso y exigible es de tipo sustancial o de fondo y no una excepción formal o previa, esto es, de aquellas que debe proponerse mediante el recurso de reposición contra el mandamiento de pago, como lo establece el artículo 430 del Código General del Proceso.

Al respecto debe decirse que, las normas que regulan lo concerniente a las excepciones dentro del proceso ejecutivo, como las demás normas de índole procesal, son de orden público y obligatorio cumplimiento, razón por la cual no le es dado a las partes modificar su sentido y alcance; ni al juez, otorgarles una interpretación diferente a aquella que se desprende de su contenido literal, máxime cuando las mismas no ofrecen duda ni resultan ambiguas o confusas.

Así las cosas, le asiste razón al a quo cuando afirma que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 442 del Código General del Proceso, las únicas excepciones que proceden cuando el título base de recaudo es una providencia, conciliación o transacción aprobada por quien ejerza función jurisdiccional, son las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción. Y que la ausencia de requisitos formales de la demanda o ausencia de requisitos formales del título ejecutivo, debe ser discutida mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo; así se desprende también del artículo 430 ibidem:

Artículo 430. *Presentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal.*

Los requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición contra el mandamiento ejecutivo.

No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso. /rft/

La parte ejecutada cuestiona el título porque está constituido por i) declaraciones privadas presentadas por el contribuyente como resultado de una obligación tributaria formal, esto es, que no son un título suscrito u otorgado por parte de la entidad demandada; luego, no provienen del deudor; i) por un auto de trámite (Requerimiento Especial, Nro. 2013 00009 del 01 de marzo de 2013, notificado el 06 de marzo) y iii) por una sentencia que no contiene una obligación de pagar intereses corrientes ni moratorios, y tampoco de indexación el saldo a favor; es decir, que la obligación que se pretende ejecutar no proviene o emana de una sentencia de condena.

En relación con los requisitos del título ejecutivo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho la siguiente clasificación. Veamos²:

*“...Reiteradamente, la jurisprudencia³, ha señalado que los títulos ejecutivos deben gozar de ciertas condiciones esenciales, unas formales y otras sustantivas. **Las formales** se refieren a los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación, los cuales deben ser auténticos y emanar del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva, de conformidad con la ley.*

² Sección Tercera. Auto del once (11) de octubre de dos mil seis. Radicación número: 15001-23-31-000-2001-00993-01(30566). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Auto de 4 de mayo de 2002, expediente 15679.

Las condiciones **sustanciales** consisten en que las obligaciones que se acrediten en favor del ejecutante o de su causante y a cargo del ejecutado o del causante, sean claras, expresas y exigibles.

El título ejecutivo bien puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido por un solo documento, como por ejemplo un título valor (v.gr. letra de cambio, cheque, pagaré, etc.); o bien puede ser complejo, cuando quiera que esté integrado por un conjunto de documentos, como por ejemplo - entre otros - por un contrato, más las constancias de cumplimiento o recibo de las obras, servicios o bienes contratados, el reconocimiento del deudor del precio pendiente de pago, el acta de liquidación, etc. En todo caso, la obligación contenida en los documentos que lo conforman, debe ser expresa, clara y exigible.

Es expresa la obligación que aparece precisa y manifiesta en la redacción misma del título; es decir que, en el documento que contiene la obligación, deben constar, en forma nítida, en primer término, el crédito del ejecutante y, en segundo término, la deuda del ejecutado; tienen que estar expresamente declaradas estas dos situaciones sin que, para ello, sea necesario acudir a lucubraciones o suposiciones.

La obligación es clara cuando aparece fácilmente determinada en el título; debe ser fácilmente inteligible y entenderse en un solo sentido.

Por último, es exigible cuando puede exigirse el cumplimiento de la misma por no estar sometida a plazo o condición...” (Subraya la Sala).

En atención a los cargos planteados por la parte ejecutada como fundamento de la excepción sub examine, puede concluirse que las falencias que le enrostra al título ejecutivo son de orden formal pues recaen sobre los documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación. Luego, tales cargos debieron ser discutidos mediante recurso contra el mandamiento de pago.

En todo caso, comoquiera que, según lo verificado por el Despacho el título ejecutivo en el sub examine está constituido únicamente por sentencia judicial⁴, la presunta ausencia del requisito sustancial consistente en que la obligación sea clara, expresa y exigible, tampoco puede ser alegada como excepción de mérito porque como ya se dijo en precedencia, contra esta clase de títulos sólo proceden las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción.

⁴ De conformidad con el auto del 6 de julio de 2020, por medio del cual se libró mandamiento de pago, el título ejecutivo está constituido por:

-La copia auténtica de la sentencia proferida por este Juzgado el día 29 de febrero de 2016 dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por la Sociedad Recolectora de Papeles y Metales y Cía S en C. en contra de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN mediante la cual se declaró la nulidad del acto demandado y se dejó en firme el denuncia correspondiente al impuesto sobre las ventas por el tercer bimestre del año gravable 2012 presentado por la sociedad demandante, y se condenó en costas a la demandada.!

-La copia auténtica de la sentencia del 14 de Septiembre de 2018 proferida por la Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, y a través de la cual se confirmó la anterior y condenó en costas a la parte demandada.

-Copia auténtica del auto por medio del cual se liquidaron las costas".

No se hace referencia a algún otro documento como parte del título base de recaudo.

Basta lo manifestado para considerar entonces que, el auto objeto de apelación, debe ser confirmado en esta instancia tal y como se dirá en la parte resolutive.

Por lo expuesto, el Despacho,

III. Resuelve

Primero: Confirmar el auto del 1° de agosto de 2022, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, por medio del cual se rechazó por improcedente la excepción de inexistencia de título claro, expreso y exigible propuesta por la DIAN.

Segundo: Hacer las anotaciones correspondientes en el programa “*Justicia XXI*” y devolver el proceso al Juzgado de origen.

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: **36493e3d7b08ed2307ec9c5f73c30f5c398d6a81a205c89f0cc501b72ecb73cd**

Documento generado en 04/08/2023 01:55:35 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda De Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 33 39 006 2016 00255 02
Demandante:	Luz Marina González Vargas
Demandado:	La Nación – Ministerio de Salud y Protección Social
Vinculado:	Patrimonio Autónomo de Remanentes ISS en Liquidación – Administrado por la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – Fiduagraria S.A.
Providencia:	Sentencia No. 133

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte vinculada, contra el fallo que accedió las pretensiones de la demandante, proferido por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de noviembre de 2019.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

La accionante solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

“1. QUE SE DECLARE la nulidad del Oficio de 23 de marzo de 2016 radicado 201611100473671, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

2. Que, a título de restablecimiento del derecho, SE CONDENE a la entidad accionada al reconocimiento y certificación de los tiempos laborados por mi poderdante como supernumeraria al servicio del Instituto de los Seguros Sociales, y la consecuente obligación de liquidación, emisión y pago del Bono Pensional correspondiente a los periodos que a continuación se relacionan a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), en aras que estos se cuenten como semanas cotizadas al sistema por mi poderdante, así:

Del 3 al 24 de octubre de 1983.

Del 2 de noviembre de 1983 al 1 de diciembre de 1983.

Del 2 al 30 de enero de 1984.

Del 1 al 21 de febrero de 1984.

Del 11 al 18 de abril de 1984.

Del 22 de junio de 1984 al 24 de julio de 1984.

*Del 1 al 29 de octubre de 1984.
Del 9 de abril de 1985 al 2 de junio de 1985. Del 3 de junio de 1985 al 2 de julio de 1985.
Del 26 de diciembre de 1985 al 22 de enero de 1986.
Del 4 de noviembre de 1986 al 2 de diciembre de 1986
Del 15 de diciembre de 1986 al 12 de enero de 1987.
Del 15 al 27 de enero de 1987.
Del 21 de diciembre de 1987 al 20 de enero de 1988.*

3. QUE SE INDEXEN todas y cada y cada una de las sumas aquí reconocidas.

4. QUE SE CUMPLA la sentencia en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5. QUE SE CONDENE a la entidad accionada en costas y agencias en derecho.

2. Hechos.

Los hechos planteados en la demanda se resumen en los siguientes:

- Que la señora Luz Marina González Vargas nació el 22 de enero de 1956, cuenta con 60 años al momento de presentación de la demanda; y que prestó sus servicios en el Instituto de los Seguros Sociales con nombramientos de “supernumerarios” desempeñando el cargo de médico general, grado 36 por tiempo parcial de 4 horas en las fechas que señala en el hecho primero de la demanda, comprendidos entre el año de 1983 y 1988.
- Que durante los días que laboró como supernumeraria al servicio del Instituto de los Seguros Sociales -en adelante el ISS-, no le fueron realizados los aportes al sistema de pensiones.
- Que el ISS fue disuelto y liquidado mediante el Decreto 2013 de 2012, y las obligaciones derivadas de las situaciones laborales de éste fueron asumidas por la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social.
- Que la demandante se encontraba adelantando trámites para el otorgamiento de la pensión, y solicitó a la UGPP la certificación de los periodos cotizados para presentarlos ante Colpensiones; y mediante oficio del 23 de marzo de 2016, el Ministerio de Salud y Protección Social determinó improcedente la solicitud, argumentando que, las personas vinculadas como super numerarios al servicio de entidades públicas por periodos inferiores a 90 días, no tenían derecho al pago de aportes a pensiones, de conformidad con la sentencia C-401 de 1998.

- Que el acto mediante el cual el Ministerio dio la respuesta indicada se notificó el 20 de abril de 2006, recibido mediante correo certificado; sin que allí se consignara si había o no recursos procedentes.

- Que la demandante actualmente se encuentra afiliada a Colpensiones, y la no certificación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social de los tiempos laborados al servicio del ISS impide la emisión del bono pensional, pues pese a haber trabajados dichos periodos, éstos no le fueron reconocidos.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere la demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 4, 13, 25, 48, 53 y 241 de la Constitución Política.

Artículo 83 del Decreto 1042 de 1978

Artículos 13, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 67 de la Ley 100 de 1993

Artículo 4 del Decreto 1748 de 1995

Artículo 45 de la Ley 270 de 1996

Artículos 138, 161, 162 y siguientes de la Ley 1438 de 2011.

El concepto de violación se funda en que de manera injustificada la entidad que asumió las obligaciones derivadas del ISS desconoce una sentencia constitucional con efecto Erga Omnes como la C-401 de 1998, pues lo relacionado al bono pensional de la demandante solo sería exigible a partir del 22 de enero de 2011, cuando cumplía los 55 años de edad; y en cuanto la sentencia ya se había proferido para esa fecha, debían aplicarse sus efectos a su caso; no obstante la entidad demandante dio aplicación a apartados del artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 declarados inexequibles vulnerando con ello los derechos de la demandante.

Sostiene que el bono pensional se haría exigible a partir del cumplimiento de sus 55 años, esto es, para el 22 de enero de 2011; momento en el cual ya se había proferido la sentencia C-401 de 19 de agosto de 1998, por lo que sus efectos deberían aplicarse a este caso.

4. Contestación de la demanda. (FIs 68 a 74 C.1)

El demandado Ministerio de Salud y Protección Social contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma; y, se pronuncia frente a la

descentralización administrativa afirmando que, no es posible que el Ministerio de Salud y Protección Social, adopte medidas de carácter administrativo asignadas a las entidades descentralizadas, siendo el ISS una entidad que estaba vinculada a éste, dotada de autonomía administrativa y patrimonio independiente; por lo que, el Ministerio demandado no tuvo ninguna injerencia alguna en los nombramientos de la demandante.

Se refirió a la naturaleza jurídica del ISS afirmando que, el control de tutela que el Ministerio pudo ejercer sobre la entidad liquidada no implicaba pudiera intervenir en sus actuaciones administrativas y, en el evento que las pretensiones prosperen, no sería esa cartera la responsable del cumplimiento de las obligaciones, aún estuviera liquidado el ISS.

Sostiene que, de acuerdo al artículo 19 del Decreto 2013 de 28 de septiembre de 2012 mediante el cual se liquidó el ISS, la entidad encargada de liquidar al ISS será la Fiduciaria la Previsora S.A. y que, el pago de las indemnizaciones y acreencias laborales se hará con cargo a los recursos del ISS en liquidación; asistiéndole razón a la demandante frente a la reclamación realizada, siendo la entidad responsable del pago, la entidad en la cual estuvo vinculada.

Se pronunció frente al contrato de fiducia mercantil número 015 de 2015 con la sociedad fiduciaria de desarrollo Agropecuario Fiduagraria S.A., siendo el Ministerio el fideicomitente cesionario del contrato de fiducia, limitándose a velar por el cumplimiento del objeto del contrato, por lo que no le corresponde aceptar las obligaciones laborales o civiles en cabeza del ISS.

Propone como excepciones la “Falta de legitimación del litis consorcio necesario”, “prescripción”, “falta de legitimación en la causa por pasiva” e “Inexistencia de la obligación”.

La demandada Fiduagraria S.A. fue vinculada al proceso mediante auto del 2 de septiembre de 2018, siendo notificada por aviso el 8 de marzo de 2019, no obstante, no contestó la demanda, como consta en el documento de secretaría que reposa a folio 198 del cuaderno 1.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 154 a 159 C.1)

Mediante sentencia de 22 de noviembre de 2019 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales resolvió:

“PRIMERO: DECLARESE FUNDADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", propuesta el Ministerio de Salud y de la Protección Social, conforme a lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 201611100473671 del 23 de marzo de 2016 proferido por la NACION - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ORDENASE a la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO FIDUAGRARIA S.A., reconocer y certificar el tiempo laborado como supernumeraria al servicio del Instituto de los Seguros Sociales a la señora LUZ MARINA GONZÁLEZ VARGAS en los tiempos que a continuación se relacionan

ÍTEM	PERIODO
1	3 de octubre al 24 de octubre de 1983
2	2 de noviembre de 1983 al 1 de diciembre de 1983
3	2 de enero de 1984 al 30 de enero de 1984
4	1 de febrero de 1984 al 21 de febrero de 1984
5	11 de abril de 1984 al 18 de abril de 1984
6	22 de junio de 1984 al 24 de julio de 1984
7	1 de octubre de 1984 al 29 de octubre de 1984
8	9 de abril de 1985 al 2 de junio de 1985
9	3 de junio de 1985 al 2 de julio de 1985
10	26 de diciembre de 1985 22 de enero de 1986
11	4 de noviembre de 1986 al 2 de diciembre de 1986
12	15 de diciembre de 1986 al 12 de enero de 1987
13	15 de enero de 1987 al 27 de enero de 1987
14	21 de diciembre de 1987 al 20 de enero de 1988

CUARTO: ORDÉNASE a la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO - FIDUAGRARIA S.A., emitir y cancelar del bono pensional a la señora LUZ MARINA GONZÁLEZ VARGAS a COLPENSIONES; las sumas que resulten se indexaran conforme a la fórmula indicada en la parte motiva de esta sentencia, si no hay recursos suficientes para atender la obligación, será la NACIÓN - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL quien atenderá esta obligación

QUINTO: ORDENASE a la entidad demandada dar cumplimiento al presente fallo en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A., previniéndose a la parte accionante sobre la carga prevista en el inciso segundo de la citada disposición normativa.

SEXTO: CONDÉNASE EN COSTAS a la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO FIDUAGRARIA S.A., y a favor de la parte actora, cuya liquidación se hará en la forma dispuesta en el

artículo 366 del Código General del Proceso. FÍJASE por concepto de agencias en derecho, también a cargo de la entidad demandada y a favor de la accionante, la suma de TRECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$350.000).

SÉPTIMO: Ejecutoriada la presente providencia. LIQUIDENSE los gastos ordinarios del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHIVESE el expediente, previas las anotaciones en el sistema "Justicia Siglo XXI".

OCTAVO: EXPÍDANSE a costa de la parte interesada las copias auténticas que sean solicitadas, con las constancias secretariales requeridas, con observancia de los parámetros legales. (Artículo 114 del C.G.P)

NOVENO: NOTIFIQUESE conforme al artículo 203 de la Ley 1437 de 2011."

La Juez de instancia se pronuncia frente a la figura de los super numerarios contenida en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978 y cita apartes de la sentencia C-401 de 1998, afirmando que, en virtud de esa denominación de super numerario, no se puede evitar el cumplimiento de las prestaciones sociales; que su duración no puede ser limitada, pues la contratación la determina la permanencia de la actividad a desarrollar y que, la utilización de dicha figura debe tener el carácter excepcional.

Se refiere a los efectos de la sentencia de inexequibilidad frente a las situaciones jurídicas no consolidadas, y sostiene que los efectos de dichos fallos tienen efectos hacia el futuro, salvo que la misma Corte determine lo contrario; y, aún en ese caso, la responsabilidad de aplicar esas decisiones en los procesos en curso radica en el juez de la causa.

Con relación al caso concreto, hace una relación del tiempo de vinculación de la demandante al ISS en el cargo de médico general con nombramientos de super numerarios; y afirma que éstos se realizaron con fundamento en lo establecido en el artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, disposición que se encontraba vigente al momento de la vinculación, siendo declarado inexecutable mediante sentencia C-401 de 18 de agosto de 2019, de manera que, la situación de la demandante no se encontraba consolidada, por lo que, la Fiduagraría S.A. es la que debe reconocer y certificar los tiempos laborados por la demandante, y, emitir el bono pensional correspondiente a los tiempos laborados que relaciona en la sentencia anteriores a Colpensiones, tomando como base para la liquidación el valor pactado por concepto de remuneración en las resoluciones de nombramiento. Ella, como vocera del patrimonio autónomo que debe pagar a la demandante el bono pensional a

Colpensiones, en virtud del contrato de fiducia mercantil número 015-2015 y la cesión del mismo.

Afirma que no hay lugar a declarar la prescripción en este asunto, por el carácter imprescriptible del derecho a la pensión, por ser una prestación periódica de tracto sucesivo; y por, la situación jurídica no consolidada.

Finalmente se pronuncia condenando en costas a Fiduagraria S.A. con fundamento en el artículo 188 del CPACA en concordancia con el 365 del CGP.

6. Recurso de apelación (Fls. 221 a 222 C. 1).

La vinculada Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario –Fiduagraria –S.A. interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida, y relaciona las fechas en las cuales afirma la demandante prestó sus servicios en el ISS con nombramientos de super numerarios, desempeñando el cargo de médico general grado 36, con dedicación parcial de 4 horas; refiere que el ISS fue liquidado mediante decreto 2013 de 2012, y solicita el estudio del artículo 27 del decreto en mención, el cual transcribe; afirmando que en virtud de éste, es la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de Protección Social –UGPP quien debe hacer el pago correspondiente, requiriendo que se ordene el pago del bono pensional decretado, pero a la UGPP.

1. Alegatos de conclusión segunda instancia.

- Parte demandante (Fls. 8 a 15 C. 2)

La parte demandante reitera en su totalidad los argumentos presentados en la demanda, conservando identidad ambos escritos.

- Parte demandada (Fls. 17 ay 18 C. 2)

El demandado Ministerio de Salud y Protección Social presenta escrito de alegatos reiterando los argumentos presentados en la contestación de la demanda con relación a sus obligaciones en el contrato de fiducia mercantil número 015-2015 y la cesión del mismo, y afirma que carece de competencia para el eventual pago de la condena, siendo la llamada a ello Fiduagraria S.A. Reitera la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, y solicita se confirme la sentencia proferida en primera instancia.

2. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 7 de octubre 25 de 2020 que se encuentra a folio 19 del cuaderno 2.

II. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico a resolver:

Corresponde al Tribunal en esta instancia, de acuerdo con el fundamento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, determinar si ¿en virtud del artículo 27 del Decreto 2013 de 2012, es atribuible o no a la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario – Fiduagraria S.A. reconocer el bono pensional de la demandante, por su vinculación con el liquidado Instituto de Seguros Sociales ISS?

2. Análisis normativo.

Mediante el Decreto 2013 de 28 de septiembre 2012 se suprime el instituto de Seguros Sociales, ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones; y en sus artículos 19 y 27 dispuso:

***“Artículo 19.** De la financiación de acreencias laborales. El pago de indemnizaciones y acreencias laborales se hará con cargo a los recursos del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación. En caso en que los recursos de la entidad en liquidación no sean suficientes, la Nación atenderá estas obligaciones laborales con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación.*

***Artículo 27.** Obligaciones pensionales del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador. La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) asumirá en un plazo no mayor a nueve (9) meses a la fecha de expedición del presente decreto, la administración en los términos de los artículos 1° y 2° del Decreto número 169 de 2008 de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador.*

El inciso primero del artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 por medio de la cual se modifica el Decreto Ley 254 de 2000, sobre el procedimiento de liquidación de las entidades públicas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional y se dictan otras disposiciones contempla:

***“Artículo 19.** El artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000 quedará así:*

Artículo 35. *A la terminación del plazo de la liquidación, el liquidador podrá celebrar contratos de fiducia mercantil con una entidad fiduciaria por el cual se transferirán activos de la liquidación con el fin de que la misma los enajene y destine el producto de dichos bienes a los fines que en el inciso siguiente se indican. La entidad fiduciaria contratista formará con los bienes recibidos de cada entidad en liquidación un patrimonio autónomo.”*

El ISS suscribe el contrato de fiducia mercantil No. 015 de marzo de 2015 con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., a través del cual se constituyó el fideicomiso denominado Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación – P.A.R. I.S.S, quien actúa en calidad de administradora y vocera.

Dentro del contrato de Fiducia se encuentran las obligaciones de administración, conservación, custodia y transferencia de los archivos, la atención de las obligaciones y remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio; asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación al cierre de dicho proceso.

3. Análisis fáctico.

Se relacionan a continuación las siguientes pruebas de relevancia para estecaso.

- Copia del certificado laboral de tiempo de servicios prestados al servicio del ISS, expedido el 13 de noviembre de 1996 por el Coordinador de nóminas del Seguro Social (Fl. 12 C. 1) del cual se extrae:

“Que la doctora Luz Marina González Vargas identificada con la cédula de ciudadanía N° 24.321.871 de Manizales, prestó sus servicios al Seguro Social con nombramientos de super numerarios, desempeñando el cargo de médico general, grado 36, dedicación parcial cuatro (4) horas, en las siguientes fechas:

Del 3 de al 24 de octubre de 1983

Del 2 de noviembre al 1° de diciembre de 1983

Del 2 al 30 de enero de 1983

Del 1° al 21 de febrero de 1984

Del 11 al 18 de abril de 1984

Del 22 de junio al 24 de julio de 2984

Del 1° al 29 de octubre de 1984

Del 9 de abril al 2 de junio de 1985

Del 3 de junio al 2 de julio de 1985

Del 26 de diciembre de 1985 al 22 de enero de 1986

Del 4 de noviembre al 2 de diciembre de 1986

Del 15 de diciembre de 1986 al 12 de enero de 1987 (8 horas)

Del 15 al 27 de enero de 1987

Del 21 de diciembre de 1987 al 20 de enero de 1988

- Copia del oficio de 27 de septiembre de 2016 mediante el cual el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, responde a la demandante petición, en el cual se relacionan 14 resoluciones de nombramientos en diferentes periodos comprendidos entre el 3 de octubre de 1983 hasta el 20 de enero de 1984, los cuales coinciden con los relacionados anteriormente. (Fl. 113 C. 1)
- Copia del oficio Nro. 201611100473671, del 23 de marzo de 2016, del Ministerio de Salud, en el cual da respuesta a derecho de petición y niega la solicitud de certificación de tiempo (Fl. 14 C. 1)
- Copia del certificado de la Gerencia Nacional de Servicio al Ciudadano de Colpensiones de 20 de julio de 2016, en la cual dice que la demandante se encuentra afiliada desde el 27 de diciembre de 1989 al régimen de prima media con prestación definida (Fl. 18 C. 1)
- Copia del contrato de fiducia mercantil de administración y pagos Nro. 015-2015 suscrito entre FIDUAGRARIA S.A y ISS en liquidación (Fls. 75 a 91 C. 1)
- Copia de la sesión del contrato de fiducia mercantil Nro. 015-2015 constitutivo del PAR ISS en liquidación suscrito entre FIDUAGRARIA S.A y ISS en liquidación (Fls. 92 a 95 C. 1)
- Copia de las resoluciones de nombramiento de la demandante supernumeraria del Instituto de los Seguros Sociales, para desempeñar el cargo de médico general grado 36, dedicación parcial de 4 horas (Fls. 123 a 165 C: 1)

6. Del caso en concreto.

En este asunto no se discute por la apelante el tiempo laborado por la demandante, ni la vinculación con el ISS, ni el derecho que le asiste al bono pensional; y, solo increpa que la orden se le haya impuesto a su cargo, fundado en el artículo 27 del Decreto 2013 de 2012, sin más consideraciones.

Se encuentra acreditado en este asunto que, la señora Luz Marina Gonzáles Vargas trabajó para el ISS como médico general de tiempo parcial durante los periodos comprendidos entre el 3 de octubre de 1983 del 2 de noviembre al 1° de diciembre de 1983; del 2 al 30 de enero de 1984; del 1° al 21 de febrero de 1984; del 11 al 18 de abril de 1984; del 22 de junio al 24 de julio de 1984; del 1° al 29 de octubre de 1984; del 9 de abril al 2 de junio de 1985; del 3 de junio al 2 de

julio de 1985; del 26 de diciembre de 1985 al 22 de enero de 1986; del 4 de noviembre al 2 de diciembre de 1986; del 15 de diciembre de 1986 al 12 de enero de 1987 (8 horas); del 15 al 27 de enero de 1987; del 21 de diciembre de 1987 al 20 de enero de 1988.

En virtud de la vinculación de la señora Luz Marina Gonzáles Vargas al ISS en el tiempo mencionado, solicita la expedición de bono pensional; y, en vista que la relación laboral permaneció hasta el 20 de enero de 1988, es el ISS la entidad a la cual correspondería la emisión del bono solicitado, por haber sido su empleadora.

Ahora, dicho Instituto de Seguros Sociales se liquidó mediante el Decreto 2013 de 28 de septiembre 2012, el cual dispuso que, el pago de indemnizaciones y acreencias laborales se hará con cargo a los recursos del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación; y el artículo 27 consagra que, *“la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- asumirá en un plazo no mayor a nueve (9) meses a la fecha de expedición del presente decreto, la administración en los términos de los artículos 1° y 2° del Decreto número 169 de 2008 de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en su calidad de empleador.”*

En el caso de estudio, el ISS realmente no reconoció derechos pensionales a la demandante; pues como lo dijo la Juez de instancia, los derechos de la demandante no se encontraban consolidados; y el artículo que cita el apelante en el recurso, el 27 del Decreto 2013 de 2012, es claro en establecer que la UGPP asumirá la administración de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el ISS, lo cual no ocurrió en este caso; entendiendo que, la UGPP tiene una carga pensional ya reconocida. Además, porque el artículo 19 del Decreto en mención precisa que *“El pago de indemnizaciones y acreencias laborales se hará con cargo a los recursos del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación”*.

En virtud de la liquidación del ISS, se suscribió contrato de fiducia mercantil No. 015 de marzo de 2015 con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., contrato del cual se extraen los siguientes artículos relacionados con las obligaciones de la Fiduciaria:

“(…) TERCERA OBJETO: El objeto del presente CONTRATO es la constitución de un Patrimonio Autónomo de Remanentes destinado a: (a) La

recepción del derecho de propiedad, así como la administración y enajenación de los activos de propiedad del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, (b) La recepción del derecho de propiedad, y la administración de los activos monetarios y contingentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, (c) La cesión de los contratos y/o convenios que se encuentren vigentes a la fecha de cierre del proceso liquidatorio, que hayan sido suscritos por EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION y que identifique previamente el liquidador, asumiendo de esta manera el Patrimonio Autónomo de Remanentes -PAR- las obligaciones y derechos del cedente. (d) Atender los procesos judiciales, arbitrales y administrativos, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación. Ejercer la representación de la entidad en las acciones de tutela y otras acciones constitucionales que cursen al momento del cierre del proceso liquidatorio y las que se inicien con posterioridad, (e) Efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en el momento que se hagan exigibles, (f) Asumir la administración del fondo para la conservación, guarda y depuración de los archivos a que hace alusión el artículo 39 del Decreto Ley 254 de 2000, ocupando la posición de cesionario del contrato celebrado por el ISS en Liquidación, (g) Sustituir al ISS en Liquidación en los convenios interadministrativos celebrados con COLPENSIONES, o lo celebrados con fondos privados para el pago de aportes a seguridad social en pensiones de trabajadores y ex trabajadores del Instituto de Seguro Social, (1) Atender los gastos finales de la liquidación de conformidad con el plan de pagos establecido por el Liquidador j) Asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN al cierre del proceso liquidatorio, que se indiquen en los términos de referencia, en éste contrato de fiducia mercantil o en la ley.

PARAGRAFO CUARTO: Mediante la presente declaración y así lo entienden las partes, EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, otorga un mandato a FIDUAGRARIA, como vocera del Patrimonio Autónomo, para que pueda ejercer todos los actos procesales y extraprocesales en cada uno de los procesos judiciales en contra que se entregan en virtud del presente contrato. En consecuencia, la FIDUCIARIA queda plenamente facultada para otorgar poderes, sustituir a los abogados que estén ejerciendo la defensa, revocar poderes y nombrar apoderados, incluso para el trámite de cualquier recurso ordinario o extraordinario. (...)"

Para esta Sala, en virtud del contrato de Fiducia Mercantil celebrado entre el ISS y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A.; y en vista que el artículo 27 del Decreto 2013 de 28 de septiembre de 2012, dispone a cargo de la UGPP la administración de los derechos pensionales, pero respecto de los que fueron legalmente reconocidos por el ISS; no siendo ese el caso de la demandante; por lo que el reconocimiento y certificación del tiempo laborado; así como la emisión del bono pensional de la señora Luz Marina González Vargas está a cargo de la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., como lo dispuso la Juez en primera instancia; habiendo lugar a confirmar la sentencia proferida por el a quo, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

7. Del reconocimiento de personería.

A folio 21 del expediente digital reposa memorial de sustitución de poder allegado

por la abogada Vanessa Fernanda Garreta Jaramillo, a la abogada Manuela María Domínguez Fandiño; manifestando que, lo hace en calidad de representante legal de la Sociedad Distira Empresarial S.A.S., apoderada del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación – P.A.R.I.S.S.

Con el memorial en mención se aporta copia del Certificado de existencia y representación legal de Distira Empresarial S.A.S. y copia de escritura pública de 3 de mayo de 2013, mediante la cual la apoderada general del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación – P.A.R.I.S.S. – Administrado por Fiduagraria S.A. revoca unos poderes y confiere otros.

No obstante lo anterior, dentro del asunto de la referencia ha actuado como apoderado judicial de la vinculada Fiduagraria S.A. el abogado Nirson Bedoya Marín, según poder conferido por la apoderada general de éste, sin que obre revocatoria del mismo; y tampoco se observa que se confiera nuevo poder a la Sociedad Distira Empresarial S.A.S., motivos por los cuales no es posible aceptar la sustitución de poder allegada por la abogada Vanessa Fernanda Garreta Jaramillo, pues no se acredita que se le hubiera conferido poder por Fiduagraria S.A. ni a ella, ni a la sociedad que dice representar.

8. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderada judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses; no obstante, no tuvo participación alguna en segunda instancia; por lo que no habrá lugar a condena en costas.

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

III. Resuelve

Primero: Confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de noviembre de 2019, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la señora Luz Marina González Vargas contra la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: No aceptar la sustitución de poder presentada por la abogada Vanessa Fernanda Garreta Jaramillo.

Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

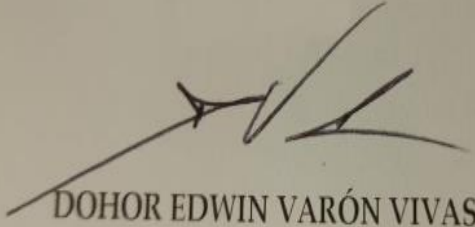
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fernando', with a stylized flourish at the end.

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Asunto:	Auto decide excepciones
Medio de Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Henry Alberto Botero Marín
Demandado:	Municipio de Manizales
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00097-00
Acto Judicial:	Aut Int : 159

Asunto

Procede la Sala unitaria a adicionar el auto del once(11) de febrero de dos mil veintidós(2022) que resolvió sobre las excepciones previas propuestas por la demandada en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesto por Henry Albeiro Botero Marín, demandante, contra el Municipio de Manizales, según lo establecido en los artículos 100, 101 y 102 del CGP, en concordancia con el artículo 175 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021.

Antecedentes

La entidad llamada en Garantía, PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A contestaron la demanda de manera oportuna como se evidencia en la constancia secretarial¹ Se formularon excepciones, de las cuales se corrió traslado como se observa en el mismo documento.

Consideraciones

El artículo 175 del CPACA, modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, dispone:

“Artículo 38. Modifíquese el párrafo 2 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, el cual será del siguiente tenor:

Parágrafo 2°. De las excepciones presentadas se correrá traslado en la forma prevista en el artículo 201A por el término de tres (3) días. En este término, la parte demandante podrá pronunciarse sobre las excepciones previas y, si fuere el caso, subsanar los defectos anotados en ellas. En relación con las demás excepciones podrá también solicitar pruebas. Las excepciones previas se formularán y decidirán según lo regulado en los artículos 100, 101 Y 102 del Código General del Proceso. Cuando se requiera la práctica de pruebas a que se refiere el inciso segundo del artículo 101 del citado código, el juez o magistrado ponente las decretará en el auto que cita a la audiencia inicial, y en el curso de esta las practicará. Allí mismo, resolverá las excepciones previas que requirieron pruebas y estén pendientes de decisión. Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se declarará la terminación

¹ 02ExpedienteEscaneado pag.67/72 pfd

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad. Las excepciones de cosa juzgada, caducidad”.

PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepciones las que denominó: **“caducidad del término para promover incidente luego de la condena en abstracto”** la parte demandante no promovió el incidente para perseguir la Liquidación en concreto de las condenas reconocidas a través de la sentencia, dentro del término señalado por la norma referenciada, dicha oportunidad caducó, no siendo el proceso ahora instaurado. **“Presunción de Legalidad. Acto Administrativo de acuerdo a la Ley”**. Los actos administrativos demandados se presumen plenamente legales, siendo pues que tampoco se cumple ninguno de los presupuestos para que se pueda demandar su nulidad, fueron proferido por el funcionario competente, sin infringir ninguna norma o supuesto jurídico, de manera regular y habiéndose permitido en todo momento al administrado, ejercer su derecho de defensa y contradicción. **“Coadyuvancia”** La entidad coadyuva a todas y cada una de las excepciones propuestas por el municipio Manizales. **“Innominada”**. **“Ausencia de cobertura del contrato de seguro soporte del llamamiento en garantía”** : el llamamiento en garantía se fundamentó en la existencia de la póliza de responsabilidad civil para servidores públicos n 1003531, aportando diversos certificados, entre ellos, el último con vigencia entre el 22 de julio de 2016 y el 01 de octubre de esa misma anualidad, es decir, no se encontraba vigente para el 9 de febrero de 2017, dicha en que se celebro al audiencia de conciliación extrajudicial en Procuraduría. La Póliza tuvo vigencia hasta el 01 de octubre de 2016, a la par que el siniestro, esto es, la reclamación al asegurado fue concedida por éste el día 9 de febrero de 2017, es decir ya extinguida la vigencia del vínculo contractual. **“límite de valor asegurado”**: el limite obligacional de la aseguradora está dado por el valor asegurado que se hubiere pactado en el contrato. **“Reducción de valor asegurado”** el valor asegurado se reduce conforme los siniestros que se presenten y los pagos que la compañía Aseguradora haga conforme al artículo 1111 de Código del Comercio.

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A

Se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual propuso como excepciones las que denominó: **“Ausencia de legitimación en la causa por activa”**: No existe ninguna pretensión dirigida a establecer la responsabilidad civil del municipio de Manizales como consecuencia del actuar de sus funcionarios, ni mucho menos una indemnización como consecuencia de dicha declaración. **“Ausencia de siniestro”**: no se estructura siniestro de cara a las condiciones del contrato de seguro con fundamento en el cual se vincula la llamada en garantía, ni la indemnización de perjuicios causados con ocasión de aquella. El contrato de seguro es ineficaz para el caso concreto, por ausencia de riesgo asegurable, además que no se está pretendiendo ninguna indemnización. **“Límite del valor Asegurado”**. El valor asegurado se aplicará a los eventos reclamados y reservados con anterioridad al reclamado con ocasión de este

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

llamamiento en garantía, y siempre hasta el agotamiento de la suma asegurada. **“Improcedencia de la acción de Nulidad y Restablecimiento”** la sentencia mediante la cual se condenó al Municipio de Manizales a realizar el pago de unos conceptos laborales al demandante no estableció una cifra clara y precisa, tampoco realizó la respectiva liquidación de la condena, por el contrario, dicha corporación solo se limitó a fijar parámetros para que la entidad demandada procediera a su liquidación de conformidad con las consideraciones y parte motiva de la providencia. La parte omitió impetrar el incidente de liquidación de que trata el artículo 193 del CPAC.A respecto a la sentencia señalada. Por tal razón la oportunidad para adelantar dicho trámite incidental caducó. **“Legalidad del Acto Administrativo”** las resoluciones expedidas objeto de debate en la presente litis, no fueron reformadas por la administración, lo que se presentó en su momento fue un error en el calculo numérico por el concepto equivocado de la forma y procedimiento de liquidación de la sentencia.

En lo que respecta a los medios exceptivos formulados, además de que no aparecen enlistados en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA ni en el artículo 100 del Código General del Proceso – CGP, guardan relación directa con la cuestión litigiosa, por lo que su análisis también habrá de realizarse con el fondo de la controversia.

De la Audiencia Inicial

Procede el Despacho a convocar a las partes a la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del C.P.A.C.A. la cual se llevará a cabo el día **TREINTA(30) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 AM)**. <https://call.lifefizecloud.com/18953554>

En caso de que se aporten dictámenes periciales y documentos; de conformidad con el artículo 228 en concordancia con el 110 del C.G.P se le da traslado a las partes.

Se le advierte a los apoderados de las partes que su asistencia es obligatoria, so pena de hacerse acreedores a las consecuencias pecuniarias adversas consagradas en el numeral 3º de la norma en cita.

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

RESUELVE

Primero. ORDENAR resolver las excepciones propuestas por la **PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A** en el fondo de asunto, conforme a lo expuesto en este acto.

Segundo. Fijar fecha para continuación de audiencia inicial para el día **TREINTA(30) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 AM)**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Tercero: Se informa el link para acceso a la audiencia,
<https://call.lifesizecloud.com/18953554>

Cuarto: Ejecutoriado este acto judicial, pase el expediente a Despacho del Magistrado ponente de esta decisión para la continuación del trámite.

Notifíquese y cúmplase

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Publio Martín Andrés Patiño Mejía', is written over a light gray background.

PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17 001 33 33 003 2018 00401 02
Demandante:	Global Representaciones Limitada
Demandado:	Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -
Providencia:	Sentencia No. 134

Procede la Sala Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones de la demandante, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 20 de noviembre de 2019.

I. Antecedentes

Solicita la parte demandante las siguientes:

1. Pretensiones.

“PRIMERO: Que se DECLARE LA NULIDAD de la RESOLUCION NUMERO 102362018000008 de abril 26 de 2018, proferida por la JEFE DE LA DIVISION DE GESTION JURIDICA DE LA DIRECCION SECCIONAL DE IMPUESTOS Y ADUANAS DE MANIZALES, mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración confirmando la Liquidación Oficial de Revisión No 102412017000018 del 18 de Julio de 2017.

SEGUNDO: Que se DECLARE LA NULIDAD de la LIQUIDACION OFICIAL IMPUESTO SOBRE LAS VENTAS -REVISION No 1024120017000018 DEL 18 DE Julio de 2018, por medio de la cual le Impone y determina un impuesto con sanción a la sociedad GLOBAL REPRESENTACIONES LIMITADA, en cuantía total de \$ 44.904.000, en materia de impuesto a las ventas correspondiente al año gravable de 2012 bimestre 4.

TERCERO: Que, a título de restablecimiento del derecho, se DECLARE que la sociedad GLOBAL REPRESENTACIONES LIMITADA, identificada con el Nit.800.006.589- 1, no tiene pendiente ninguna clase de OBLIGACION DE IMPOSITIVA (SIC) EN MATERIA DE IMPUESTO A LAS VENTAS BIMESTRE 4 AÑO GRAVABLE 2012.

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- El 19 de agosto de 2015 la sociedad Global Representaciones Limitada presentó la declaración del impuesto a las ventas correspondiente al año gravable de 2012 bimestre 4, de manera virtual, donde se autoliquidó un impuesto de \$ 324.000 a pagar.
- El 25 de agosto de 2015, la Dependencia Gestión de Liquidación de la Dirección Seccional de Impuestos y Aduanas de Manizales, en adelante DIAN, profirió el requerimiento ordinario Nro. 102382015000117, solicitando entre otros, la relación detallada de las compras y servicios gravados registrados en el renglón 37 de la declaración en cuestión; y mediante oficio 014842 del 2 de octubre de 2015, le fue remitida la Información requerida.
- El 15 de octubre de 2015, la Dependencia Gestión de Liquidación de la DIAN Manizales, profirió el auto de archivo No.102382015000518 en el cual, dispuso Ordenar el archivo del expediente N° OB 2012 2015 417 de fecha 2015/07/03; y, un año después, la misma dependencia profirió el requerimiento especial de impuesto sobre las ventas No 102382016000035 el 21 de diciembre de 2016, donde proponen modificar mediante liquidación de revisión la declaración del impuestos a las ventas presentada el 19 de Agosto de 2015; el cual es respondido oportunamente por la demandante, rechazando lo considerado en dicho requerimiento.
- La Dependencia Gestión de Liquidación de la DIAN Manizales, resolvió modificar la liquidación Oficial impuestos sobre las ventas revisión número 102412017000018 del 18 de Julio de 2017, cambiando la Liquidación privada número 910000308832977 del 19 de agosto de 2015, determinando un mayor valor a pagar de \$44.904.000; y que, contra dicha liquidación se interpuso

recurso de reconsideración el día 21 de septiembre de 2017; el cual fue confirmado mediante resolución 102362018000008 de 26 de abril de 2018.

3. Normas violadas y concepto de violación.

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

Artículos 6, 83, 95, 209 y 363 Constitucionales.

Artículos 564, 656, 563, 569, 570, 683, 730, 731, 743 y 746 del Estatuto Tributario.

Artículos 37, 38, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72 y 73 del CPACA

El concepto de violación lo funda en lo siguiente:

Afirma el demandante que, los funcionarios de la DIAN que han intervenido en las diferentes etapas del proceso de fiscalización del impuesto de las ventas a cargo de la sociedad Global Representaciones Limitada para el año gravable 2012 bimestre 4, actuaron en contravía de las disposiciones legales al desconocer los costos y deducciones de la declaración de impuestos a las ventas presentada por ese periodo, pues la DIAN no lo ha comprobado de manera contundente; porque a pesar que existía el archivo de un expediente, se reactiva con el argumento de tener información importante de un proveedor ficticio, y luego se modificó la liquidación oficial del impuesto sobre las ventas del bimestre 4 del año 2012, sin tener las pruebas de ello.

Funda, además el concepto de violación en la indebida notificación de la resolución 102362018000008 mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración, porque pese a que fue expedida el 26 de abril de 2018, se notificó el 1 de junio del mismo año (37 días después de proferida).

4. Contestación de la demanda (Fls. 238 a 244 C. 1A)

La demandada DIAN contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones del demandante, argumentando que la demandante sociedad Global Representaciones Ltda presentó declaración de impuesto sobre las

ventas del año 2012 4 bimestre, y declaró compras y servicios gravados por la suma de \$139.316.000; donde todas las compras se realizaron con el proveedor Comercializadora REMO Ltda, según respuesta brindada por la misma sociedad contribuyente, declarando como impuesto descontable la suma de \$22.290.000.

Expone que, la DIAN modificó la declaración privada y rechazó las compras y servicios gravados por la suma de \$139.316.000 porque la sociedad no anexó las facturas que demostraban la realización de compras y pago de impuestos descontables, y porque la Comercializadora Remo Ltda es una sociedad que no existe, de manera que, sus operaciones constituyen compras simuladas.

Afirma que, la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se notificó en debida forma de conformidad con el artículo 565 del ET, por cuanto envió a la sociedad un oficio para notificación personal de la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, el cual fue recibido por ella el día 3 de mayo de 2018, citación que fue introducida al correo el día 2 de mayo de 2018; por lo que, la sociedad, tenía para acudir a la DIAN a notificarse personalmente hasta el día 17 de mayo de 2018; pero, al no acudir a ello, se notificó mediante edicto fijado el 21 de mayo y desfijado el 01 de junio de 2018, quedando así, debidamente notificado el acto que resolvió el recurso de reconsideración.

Señala la DIAN que, la sociedad demandante interpuso recurso de reconsideración el día 21 de septiembre de 2017, por lo que, en virtud del artículo 732 del ET, la DIAN contaba con 1 año para notificar la resolución que resolvió el recurso de reconsideración, quedando notificada el 01 de junio de 2018, dentro de los términos legales para ello.

Por otra parte, sostiene la DIAN que, si tuvo en cuenta los argumentos expuestos por la sociedad Global Representaciones Ltda en la respuesta al requerimiento especial y en el recurso de reconsideración resuelto; explicando puntualmente cada uno de los motivos de modificación de la liquidación privada, debido a la inexistencia de las operaciones descontables.

Finalmente se pronuncia frente a la procedencia de rechazo por compras por la suma de \$139.316.000, porque las compras realizadas por la sociedad Global Representaciones LTDA, y la sociedad Comercializadora REMO LTDA, en el cuarto bimestre del año 2012 fueron simuladas, ya que la última sociedad no

existía físicamente, siendo creada en papel para soportar compras realizadas con el demandante, sin que hubiera demostrado con soportes idóneos la realización de las compras mencionadas.

5. Sentencia de primera instancia. (Fls. 252 a 257 C. 1A)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia de 20 de noviembre de 2019 resolvió:

“PRIMERO. - NEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovió GLOBAL REPRESENTACIONES LIMITADA en contra de la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN. pule Col

SEGUNDO. - CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso. Se fijan Agencias en derecho por valor de \$2.245.200.

TERCERO. - Notifíquese esta sentencia conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

CUARTO. - Expídanse a costa de la parte interesada, las copias auténticas que sean solicitadas, con observancia de los parámetros legales establecidos en el artículo 114 del Código General del Proceso.

QUINTO. - EJECUTORIADA esta providencia, LIQUIDENSE los gastos del proceso, DEVUELVANSE los remanentes si los hubiere. ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.”

El Juez de instancia se pronuncia frente a la notificación de los actos administrativos en asuntos de naturaleza tributaria y, considera que el parágrafo 1 del artículo 565 del ET contempla que la notificación por correo se practicará mediante la entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente; y que, en el caso de estudio se encuentra probado que para efectos de notificar el requerimiento especial No. 102382016000035 del 21 de diciembre de 2016, la DIAN envió correo a nombre de Global Representaciones Limitada a la dirección que tenían consignada en el RUT actualizado al 23 de junio de 2016; encontrándose acreditada la entrega del correo, recibido el 26 de diciembre 2016, concluyendo que, no hay vulneración de derechos con la notificación del acto mencionado, por cuanto ésta se surtió en debida forma.

Frente a la liquidación oficial de impuesto sobre las ventas revisión No. 102412017000018 del 18 de julio de 2017, sostiene que fue notificada por la DIAN a través de correo, a la dirección del contribuyente, quien aceptó la notificación en el recurso de reconsideración, por lo que, dicho acto fue debidamente notificado; y los actos administrativos que resuelven recursos pueden ser notificados de manera personal o por edicto en caso de la no comparecencia del contribuyente dentro de los 10 días siguientes a la citación; tal como ocurrió en este caso, donde la DIAN procedió a notificar la resolución No. 102362018000008 del 26 de abril de 2018 por edicto fijado el 21 de mayo de 2018 y desfijado el 1 de junio del mismo año, sin haberse vulnerado con ello el debido proceso, sin que le asista razón al demandante con relación a la vulneración al debido proceso por indebida notificación.

Expone el Juez que, al contribuyente se le notificaron todos los actos administrativos surtidos en la actuación administrativa según lo dispuesto en el artículo 565 del ET, por lo que el demandante tuvo la oportunidad de pronunciarse en todas etapas allí surtidas, siendo practicadas y valoradas todas las pruebas en dicha actuación; y motivando la DIAN adecuadamente cada acto proferido, por lo que tampoco encuentra vulneración al debido proceso y al derecho de defensa.

Finalmente se pronuncia el Juez sobre la sanción por inexactitud aduciendo que no advierte diferencia de criterio entre Global Representaciones Limitada y la DIAN, frente a la normativa aplicable; pues lo que pretende el contribuyente es que se apliquen disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la notificación y el procedimiento administrativo adelantado por la DIAN, existiendo para ello la norma especial del Estatuto Tributario. Ello, sumado a que, el contribuyente no demostró la realidad de las compras realizada, encontrándose a su juicio, ajustada la sanción por inexactitud impuesta por la DIAN.

6. Recurso de apelación.

- Demandante (Fls. 259 y 260 C. 1A)

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia y reitera los argumentos de la demanda,

aduciendo vulneración al debido proceso por parte de la DIAN al reactivar un proceso que se encontraba archivado, con sustento en haberse allegado información importante para el asunto, siendo información equivocada y no ajustada al requerimiento especial rebatido en la demanda.

Argumenta la indebida notificación de resolución 102362018000008 de 26 de abril de 2018, porque debía ser notificada dentro de los 5 días siguientes a su expedición de conformidad con los artículos 68 y 69 del CPACA; y que tampoco hubo debida notificación de los actos acusados, vulnerando con ello el debido proceso, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Frente a la condena en costas, solicita al Tribunal no condenar de acuerdo al numeral 8 del artículo 365 del CGP, por cuanto en este asunto no hay prueba de causación ni justificación de las mismas.

7. Alegatos de segunda instancia

- Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales – DIAN – (Fls. 7 a 9 C. 3)

La demandada DIAN presenta escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, afirmando que la actuación administrativa se ajustó a derecho, y la DIAN, solicitando al contribuyente el sustento de las ventas efectuadas a la comercializadora REMO, sin que se aportaran los soportes necesarios, debió desconocer el descontable registrado en su declaración de IVA periodo 4 año 2012, donde el único proveedor del contribuyente es la Comercializadora mencionada, siendo un proveedor ficticio.

Sostiene que los actos proferidos en sede administrativa fueron debidamente notificados de conformidad a lo dispuesto en los artículos 563, 564, 566, 567 y 568 del ET, siendo las normas aplicables al asunto en discusión.

Y, en cuanto a las costas del proceso, solicita la condena a la demandante, porque la intervención de la DIAN dentro del asunto conduce a un detrimento del erario público por los gastos que acarrea el proceso y el desgaste propio de la administración, solicitando se confirme la sentencia proferida.

- Demandante (Fls. 12 y 13 C. 3)

La parte demandante reitera en su integridad los argumentos presentados en el recurso de apelación formulado.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto, como dice la constancia secretarial de 28 de septiembre de 2020 (Fl. 14 C. 3).

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

Corresponde al Tribunal en esta instancia, de acuerdo con los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, determinar:

¿Fueron debidamente notificadas a la demandante Global Representaciones Ltda las resoluciones número 102362018000008 de abril 26 de 2018 mediante la cual se resuelve el recurso de reconsideración confirmando la Liquidación Oficial de Revisión No 102412017000018 del 18 de Julio de 2017; y la resolución número 1024120017000018 del 18 de Julio de 2018, por medio de la cual se determina un impuesto y se impone una sanción?

¿Tuvo o no en cuenta la DIAN los argumentos presentados por Global Representaciones Ltda en la respuesta al requerimiento especial y en el recurso de reconsideración, y se advierte de ello una vulneración al debido proceso en la expedición de los actos acusados?

2. Análisis normativo

De las normas que el demandante cita como vulneradas, se transcriben las siguientes por ser de mayor relevancia para el estudio inicial del fondo del asunto, normas del estatuto tributario vigente al momento de liquidación del impuesto.

Es necesario determinar desde este instante que, no puede predicar el demandante en el sub lite, vulneración al debido proceso por desconocimiento de los artículos 68 y 69 de la Ley 1437 de 2011 como pretende el apelante, pues la discusión de la notificación de los actos demandados debe estudiarse a la luz del Estatuto Tributario, toda vez que es la norma especial aplicable al

presente asunto, como lo dispone el último inciso del artículo 2 del CPACA que precisa con relación al ámbito de aplicación de éste que: “Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.”

Ahora, los artículos 565, 569 y 732 del Estatuto Tributario disponen:

“Artículo 565. Formas de notificación de las actuaciones de la administración de impuestos. Los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas, deben notificarse de manera electrónica, personalmente o a través de la red oficial de correos o de cualquier servicio de mensajería especializada debidamente autorizada por la autoridad competente.

Las providencias que decidan recursos se notificarán personalmente, o por edicto si el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no compareciere dentro del término de los diez (10) días siguientes, contados a partir de la fecha de introducción al correo del aviso de citación. En este evento también procede la notificación electrónica.

El edicto de que trata el inciso anterior se fijará en lugar público del despacho respectivo por el término de diez (10) días y deberá contener la parte resolutive del respectivo acto administrativo.

Parágrafo 1o. la notificación por correo de las actuaciones de la administración, en materia tributaria, aduanera o cambiaria se practicará mediante entrega de una copia del acto correspondiente en la última dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante en el registro único tributario - rut. en estos eventos también procederá la notificación electrónica. (...)” (Subraya la Sala)

Artículo 569. Notificación personal. La notificación personal se practicará por funcionario de la Administración, en el domicilio del interesado, o en la oficina de Impuestos respectiva, en este último caso, cuando quien deba notificarse se presente a recibirla voluntariamente, o se hubiere solicitado su comparecencia mediante citación.

El funcionario encargado de hacer la notificación pondrá en conocimiento del interesado la providencia respectiva, entregándole un ejemplar. A continuación de dicha providencia, se hará constar la fecha de la respectiva entrega.

ARTICULO 732. TERMINO PARA RESOLVER LOS RECURSOS. La Administración de Impuestos tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma.

3. Análisis fáctico.

De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

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

- Copia de la declaración privada bimestral del impuesto sobre las ventas – IVA – por el 4 bimestre del año 2012 (Fl. 12 C.1).
- Auto de archivo número 102382015000518 de 16 de octubre de 2015 (Fl. 13 C. 1).
- Requerimiento ordinario No. 123282015000 del 21 de agosto de 2015 y anexo (Fl. 14 a 15 C.1).
- Requerimiento especial impuesto sobre las ventas No. 102382016000035 del 21 de diciembre de 2016 y anexo (Fls. 16 a 23 C.1).
- Liquidación oficial impuesto sobre las ventas - revisión No. 102412017000018 del 18 de julio de 2017 y anexo (Fls. 24 a 30 C.1).
- Auto admisorio de recurso de reconsideración No. 102362017000018 del 3 de octubre de 2017 (Fl. 31 C.1).
- Resolución recurso de reconsideración que confirma la liquidación oficial de revisión No. 102362018000008 del 26 de abril de 2018 (Fls. 32 a 39 C.1).
- Auto de apertura No. 052382012001749 en contra de la "Comercializadora REMO LTDA (Fl. 61 C.1).
- Informe de verificación o cruce, respecto de la "Comercializadora REMO LTDA" (Fls. 75 a 76 C.1).
- Auto de apertura No. 102382015000780 del 23 de noviembre de 2015 en contra de la sociedad Global Representaciones Limitada (Fl. 86 C.1).
- Resolución No. 000001 del 14 de junio de 2013 por medio de la cual se declara a la 'Comercializadora REMO LTDA' como proveedor ficticio (Fl. 107 a 108 C.1)
- Requerimiento ordinario No. 102382014000204 del 6 de octubre de 2014 y anexo (Fls. 109 a 110 C.1).
- Respuesta a requerimiento ordinario No. 102382014000204 (Fl. 111 C.1).
- Auto de apertura No. 102382015000417 del 3 de julio de 2017 (Fl. 128 C1.).
- Solicitud UAE-DIAN 110238418-00683 del 6 de julio de 2015, para presentar declaraciones de venta de los bimestres 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del año gravable 2012 por parte de la DIAN a la sociedad Global Representaciones Limitada (Fl. 129 C.1).
- Respuesta oficio UAE-DIAN 110238418-00683 (Fl. 136 C.1)
- Respuesta requerimiento ordinario 102382015000117 (Fl. 146 C. 1)

- Respuesta requerimiento especial No. 10238201600035 (Fls. 168 a 174 C.1)
- Informe final de proceso de fiscalización y liquidación contra de Global Representaciones Limitada (Fls. 154 a 156 C.1).
- Recurso de reconsideración respecto de la liquidación oficial Impuesto sobre las ventas - revisión No. 102412017000018 (f. 206 a 210 C.1).

3. De la notificación de los actos demandados.

Se encuentra debidamente acreditado en este asunto que, el 22 de diciembre de 2016 la DIAN envía por correo de la empresa Ínter Rapidísimo a la sociedad demandante el requerimiento especial del impuesto sobre las ventas número 102382016000035 por el 4 periodo del año gravable 2012, citación que acepta expresamente la demandante, y que queda acreditada con la respuesta al mismo allegada al DIAN el 13 de marzo de 2017 como consta a folio 168 del cuaderno principal, sin que se advierta en ello una indebida notificación.

Se demostró que, la liquidación oficial de impuesto sobre las ventas - revisión No. 102412017000018 del 18 de julio de 2017, fue notificada por la DIAN mediante correo enviado el 19 de julio de 2017 por la empresa Ínter rapidísimo, a la dirección consignada en el RUT actualizado, guía de correo firmada por el Señor Carlos Arturo García; de lo cual no hay duda, al evidenciarse la interposición del demandante del recurso de reconsideración contra dicho acto, el 29 de septiembre de 2017 como consta a folio 206 del cuaderno 1A, por lo que se considera que dicho acto fue debidamente notificado.

Se evidencia dentro del proceso que, la DIAN el 2 de mayo de 2018 envió correo por la empresa Inter Rapidísimo S.A. a Global Representaciones Limitada, citación para notificación a la dirección calle 20 No. 21-38 oficina 503 de Manizales, como consta en la copia de la guía que obra a folio 236 del cuaderno 1, donde aparece firma de recibido del señor Carlos García, con observación de que el representante legal de dicha sociedad es el señor Óscar García, con el número de guía y prueba de entrega número 130005327892, en la cual se afirma envió la citación para notificación del acto administrativo número 622 (SIC) del 26 de abril de 2018, mediante la cual se resuelve un recurso de reconsideración confirmando la Liquidación Oficial de revisión número 102412017000018 de 18 de julio de 2017; y en la citación para la notificación personal, se consigna que *“Si no comparece en el término mencionado, la*

notificación se surtirá por Edicto, de conformidad con el artículo 566 inciso 2 del Estatuto Tributario (Fl. 235 C. 1).

Acto seguido, le DIAN profiere el Edicto número 0019 mediante el cual notifica la resolución número 102362018000008 de 26 de abril de 2018, el cual fue fijado por 10 días a partir del 21 de mayo de 2018, con sello de desfijación del día 01 de junio de 2018 a las 4.30 p.m., como consta en el folio 237; generado por la no comparecencia del representante legal de la demandante Global Representaciones Limitada; actuación surtida de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 565 del Estatuto Tributario; por lo que no encuentra esta Sala acreditada una indebida notificación de los actos demandados, ni vulneración al debido proceso por ello.

Zanjada como está la discusión en relación con que las normas aplicables para la notificación de los actos proferidos en sede administrativa en los procedimientos adelantados por la DIAN son las previstas en el Estatuto Tributario; se concluye que, de conformidad con el artículo 732 de dicho Estatuto, la DIAN contaba con el término de un año para resolver el recurso de reconsideración presentado por la demandante, el cual empieza a contar a partir de su interposición en debida forma; lo que en este caso ocurrió el 29 de septiembre de 2017, de manera que la DIAN contaba hasta el 29 de septiembre 2018, el cual resolvió mediante resolución número 102362018000008 del 26 de abril de 2018, notificada mediante edicto desfijado el 1 de junio de 2018; estando dentro del término legal para ello, por lo que tampoco con esa actuación se considera vulnerado el debido proceso.

4. Del debido proceso y los argumentos presentados por la demandante en la respuesta al requerimiento especial.

Un motivo de inconformidad de la apelante sociedad es que, la DIAN no tuvo en cuenta los argumentos expuestos en la respuesta al requerimiento especial y en el recurso de reconsideración; ante lo cual es necesario precisar que, el fondo de los requerimientos realizados por la DIAN a la ahora demandante, consisten en el rechazo de unas compras realizadas al proveedor Comercializadora REMO Limitada.

La comercializadora en mención, fue declarada por la DIAN como vendedor ficticio mediante la resolución número 000001 de 14 de junio de 2013 (Fls. 107 y 108 C. 1), por haber servido como proveedor aparente de facturas de ventas de mercancías simuladas; porque Global Representaciones Limitada era uno de sus clientes; porque el establecimiento de comercio a nombre de Comercializadora REMO Limitada nunca ha funcionado en la dirección que consigna en el RUT en la ciudad de Cali; por aparecer como representante legal el señor Carlos García Garzón con dirección en la ciudad de Manizales; por lo que la DIAN resuelve sancionarla declarándola proveedor ficticio por facturar ventas simuladas o inexistentes.

Es preciso considerar que, en virtud de la facultad que tiene la DIAN para iniciar investigaciones a los contribuyentes, con el fin de establecer la certeza de lo declarado por éstos; profirió los requerimientos y actos administrativos en la actuación administrativa cuestionada, desconociendo unas facturas de venta con las cuales Global Representación Limitada pretendía acreditar compras que, posteriormente se quedaron sin comprobación.

Debe decirse que, si bien los datos que se incluyen en las declaraciones privadas se presumen veraces, de acuerdo al artículo 746 del Estatuto Tributario; la DIAN, en el ejercicio de su facultad de fiscalización puede solicitar a los contribuyentes soportes que respalden el contenido de las declaraciones privadas presentadas para acreditar la veracidad u ocurrencia material de las transacciones objeto de controversia; y así lo ha considerado el Consejo de Estado¹

“(…) Conforme al artículo 746 del Estatuto Tributario, se consideran ciertos los hechos consignados en las declaraciones tributarias, en las correcciones a las mismas o en las respuestas a requerimientos administrativos, siempre y cuando que sobre tales hechos no se haya solicitado una comprobación especial, ni la ley la exija. La declaración presentada por los contribuyentes está amparada por dicha presunción de veracidad, hasta el momento en que la Administración Tributaria solicita una comprobación especial respecto de las glosas declaradas, momento a partir del cual la carga de la prueba pasa a ser del contribuyente, a quien le corresponde demostrar la realidad de los rubros declarados” (Subraya la Sala).

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 7 de abril de 2011. CP. Dr. William Giraldo Giraldo. Exp. Rad interno 17314.

En este caso la DIAN profirió requerimiento ordinario a la demandante sociedad Global Representación Limitada, para que allegara información detallada sobre la declaración de ventas del 4 trimestre del año gravable 2012, en cuanto a las compras y servicios gravados registrados en el renglón 37 de dicha declaración consistente en lo siguiente: *“Razón social y nit del proveedor, dirección, teléfono, fecha de la transacción, número de factura, valor de la factura de compra (detallando el IVA pagado), el medio de pago, y las copias de las facturas que referencia”*

Global Representación Limitada da respuesta al requerimiento ordinario, solicitando tiempo adicional para dar respuesta (Fls. 141 y 142 C. 1); ante lo cual la DIAN, mediante oficio de 17 de septiembre de 2015 concede un término adicional de 15 días calendario, desde la fecha del vencimiento en que debió enviar la información para que diera respuesta (Fl. 143 C. 1); ante lo cual, el contribuyente Global Representaciones refuta el término concedido (Fl. 144 C. 1), y la DIAN responde nuevamente, reiterando el término inicialmente concedido (Fl. 145 C. 1).

Finalmente, mediante oficio de 30 de septiembre de 2015, la sociedad demandante, da respuesta al requerimiento ordinario, relacionando las compras y servicios gravados registrados en la declaración de impuesto a las ventas del cuarto bimestre del año gravable 2012, cuyo proveedor es Comercializadora REMO Ltda, con un valor de compra de 12 de agosto por la suma de \$139.315.589 e IVA pagado por \$22.290.494, y expone que *“Por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito nos resulta imposible enviar fotocopia de las facturas”* (Fl.146 C. 1).

Posterior a lo anterior, la DIAN realizó a la sociedad ahora demandante, requerimiento especial y realiza la correspondiente liquidación oficial de revisión; y, pese a que el contribuyente dio respuesta al requerimiento especial y presentó recurso de reconsideración contra la liquidación oficial; no aportó los documentos solicitados consistentes en las copias de las facturas indicadas por la DIAN; que según se interpreta de la actuación administrativa, eran los soportes que acreditarían las compras realizadas a la Comercializadora REMO Ltda; y, al no acreditar ello, se otorga razón a la DIAN en sus argumentos relacionados con las compras simuladas.

Advierte esta Sala de decisión que, el representante legal de la Sociedad Global Representaciones Limitada que firma las respuestas a los requerimientos ordinario y especial, y que, presenta el recurso de reconsideración es el señor Óscar García Garzón; y quien, obra como representante legal de la Comercializadora REMO Limitada es el señor Carlos García Garzón.

En este proceso judicial la demandante tampoco acreditó la veracidad de las compras realizadas, sin que tampoco se comprueben en este caso los cargos de violación formulados; sin que pueda decirse que la DIAN no tuvo en cuenta los argumentos expuestos, pues solo requería el aporte de las facturas solicitadas; y, sin argumentos para acceder favorablemente al recurso de reconsideración presentado por la ahora demandante, queda en firme la declaración oficial presentada por la DIAN, con las consecuencias jurídicas que a ello conlleva.

Así las cosas, puede decirse que la DIAN llevó a cabo el proceso de fiscalización del cuarto bimestre del año gravable 2012 con el sustento de actos administrativos en firme, incluidos la declaratoria de proveedor ficticio de la Comercializadora REMO Limitada; y en el ejercicio de sus facultades desplegó una actividad probatoria en sede administrativa que sin duda, sirvió de sustento para proferir los actos acatados en el presente asunto; sin pasar por alto que, en todas las oportunidades que tuvo la demandante Global Representaciones Limitada para acreditar la veracidad de sus compras a la Comercializadora REMO Limitada, no hizo mayor esfuerzo por demostrarlo, pues hasta ahora brillan por su ausencia las copias de facturas de ventas requeridas inicialmente por la DIAN.

Con relación a la carga probatoria del contribuyente el Consejo de Estado² ha precisado:

“...Para la Sala, el anterior acervo probatorio no se trata de indicios ni presunciones, sino de pruebas directas de carácter documental y de declaraciones de terceros, que desvirtúan la realidad de las operaciones -compras de chatarra- de las cuales se derivan los costos e impuestos descontables discutidos.

...

2.6.4. En conclusión, las citadas pruebas en su conjunto, le restan credibilidad a las facturas, en tanto desvirtúan la operación de compra de chatarra que esos documentos registran.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 5 de abril de 2018, Radicación número: 17001-23-31-000-2012-00200-01 (21612).

*Pero además, **debe precisarse que el contribuyente no desvirtuó las pruebas recaudadas por la DIAN y que sustentan la actuación administrativa.***

Recuérdese que en el procedimiento administrativo tributario, la autoridad administrativa tiene la carga de comprobar la realidad de los hechos declarados, y el declarante, la de controvertir la labor de la autoridad fiscal.

*Es por eso que una vez desvirtuados por la Administración los datos registrados en la declaración tributaria, **el contribuyente tiene la carga de aportar las pruebas que soporten los conceptos fiscales desconocidos**, dada su condición de directo interesado en lograr la aceptación fiscal del impuesto descontable declarado, para reducir la base gravable del IVA.*

Situación que no presentó en este caso, porque el actor no logró desvirtuar las pruebas recaudadas por la DIAN que controvierten la realidad de las operaciones. Por tanto, debe mantenerse el rechazo de las compras e impuestos descontables ordenado en los actos demandados. (Subraya la Sala, negrillas de la sentencia en cita)

Por lo considerado, concluye la Sala que, la sociedad demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, por cuanto no aportó elementos de juicio que permitan considerar que las compras que declaró y que fueron rechazadas por la DIAN en el 4º bimestre del año 2012 fueron materialmente efectuadas; de manera que, la decisión de desconocer costos y gastos adoptada por la DIAN en los actos demandados, no se fundaron en consideraciones subjetivas como lo afirma el apelante, pues los actos proferidos en la actuación administrativa son coherentes con las pruebas allí discutidas, respetando el debido proceso de la parte demandante. Y, al no lograr la sociedad Global Representaciones Ltda, desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos demandados, lo que procedía en este caso era negar las pretensiones de la demanda como lo hizo el Juez de primera instancia; por lo que se confirmará la sentencia apelada, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

Finalmente se deja presente que, este Tribunal se ha pronunciado en sentido similar, con fundamentos fácticos como los considerados, y por controversia entre las mismas partes³.

5. De la condena en costas.

³ Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencias de 26 de febrero y 15 de marzo de 2019. MP. Dr. Dohor Edwin Varón Vivas. Rad. 17 001 23 33 000 2015 00098 00.
Tribunal Administrativo de Caldas. Sentencia de 23 de enero de 2020. MP. Dr. Augusto Morales Valencia. Rad. 17 001 23 33 000 2018 00560 00.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁴ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

De igual manera, el numeral 1º del artículo en mención, establece que: *“Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.”* (Negrilla de la Sala)

En este caso, la Sala advierte que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante no prosperó, y fue la vencida dentro del proceso; y, ambas partes presentaron alegatos de conclusión en segunda instancia; de manera que, hay lugar en este caso a condena en costas por concepto de agencias en derecho, en favor de la demandada DIAN y a cargo de la demandante sociedad Global Representaciones Limitada, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

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

III. Falla

Primero: Confirmar la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el 20 de noviembre de 2019, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho presentado por la sociedad Global Representaciones Limitada contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN -.

Segundo: Condenar en costas en esta instancia a la demandante sociedad Global Representaciones Limitada, y, en favor de la demandada DIAN a título

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 11 de junio de 2020. MP. Dr. William Hernández Gómez. Rad. 25000 23 42 000 2016 03623 01(2838-19)

de agencias en derecho; las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

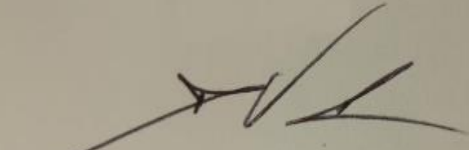
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 165

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-004-2018-00017-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Héctor Hugo Arbeláez Gallego
Demandado: Caja de Sueldos de Retiro de Las Fuerzas Militares - Cremil

Se decide el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia que accedió parcialmente a las pretensiones del demandante.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución 4976 del 19 de julio de 2016, proferida por Cremil, por medio de la cual reconoció y ordenó el pago de la asignación de Retiro del demandante y la nulidad del Consecutivo 007914 del 22 de febrero de 2017, proferido por Cremil por medio de la cual negó lo solicitado en el 13 de febrero de 2017.

Que se inaplique por inconstitucional el artículo 13.2 y parágrafo 13 del Decreto 4433/2004, toda vez que vulnera el derecho a la igualdad al no incluir como partida la duodécima parte de la prima de navidad para los soldados profesionales, creando una desigualdad frente a los miembros del Ministerio de Defensa Nacional Militar y de Policía. Que se inaplique por inconstitucional el artículo 16 del Decreto 4433/2004 en el sentido de establecer que la asignación de retiro solamente se adiciona en la partida reconocida como prima de antigüedad en un 38.5%, toda vez que vulnera el derecho a la igualdad frente a los demás miembros de la fuerza pública regidos por el mismo Decreto 4433 de 2004 y vulnerar la Ley marco 923 de 2004. Que inaplique por inconstitucional el artículo 1 del Decreto 1162/2014, toda vez que vulnera el derecho a la igualdad frente a los demás miembros de la fuerza pública regidos por el mismo decreto 4433 de 2004 y por vulnerar la Ley marco 923 de 2004.

A título de restablecimiento del derecho, condenar a la demandada a que se reliquide y reajuste la asignación de retiro, desde la fecha de retiro en la partida: reconocida como salario mensual tomando como salario básico un salario mínimo mensual legal vigente incrementado en un 60%; en la partida reconocida como prima de antigüedad teniendo en cuenta el total devengado en actividad; es decir, el 58.5% del Salario Básico y aplicando una tasa de remplazo del 70% o en su defecto adicionar esta partida en 38.5% sin causarle doble afectación; en la partida reconocida como subsidio familiar, aplicando una tasa de remplazo del 70% al total devengado en actividad; además, se reconozca como partida computable la

duodécima parte de la Prima de Navidad y que se reliquide y reajuste la asignación de retiro, desde la fecha de retiro aplicando como porcentaje de liquidación el 70% a todas las partidas computables por los primeros 20 años de servicio.

Que además se ordene el pago efectivo e indexado de los dineros correspondientes a la diferencia que resulte entre la liquidación solicitada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro desde julio de 2016 y hasta el cumplimiento de la sentencia, se paguen intereses moratorios y se condene en costas.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el demandante ingresó a la Ejército Nacional como Soldado Regular el 22-05-1996 hasta el 10-11-1997 y como soldado voluntario desde el 22-11-1997 hasta el 31 de octubre de 2003, con una asignación salarial básica consistente en un salario mínimo mensual vigente más el 60% (SMLMV + 60%) del mismo salario de acuerdo al artículo 4 de la Ley 131 de 1985 y a partir del 01/11/2003 como soldado profesional de acuerdo a los decretos 1793 y 1794 de 2000 con una asignación mensual establecida en el artículo 1 del decreto 1794, hasta el de julio de 2016 cuando fue retirado por tener derecho a la asignación de retiro.

Que el demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional durante 20 años, 2 meses según Resolución 4976 del 19 de julio de 2016, tiempo que le otorgó el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de Cremil. Que el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, manifestó que el salario de los soldados profesionales que ingresaron a la institución como soldados voluntarios corresponde a un SMLMV+60% del mismo salario, y en cumplimiento a ello el Ejército Nacional complementó las hojas de servicio de todos los soldados profesionales e infantes de marina en lo referente del 20% del salario básico.

Que en la liquidación de la asignación de retiro realizada por Cremil está tomando como asignación básica mensual un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 40%, cuando debió ser un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%. Que además, al liquidar la partida reconocida como prima de antigüedad que devengaba en actividad el demandante en cuantía de un 58.5% del salario basico - SB, solamente tiene en cuenta el 38.5% de esta partida, tomándola del 70% del SB.

Que el demandante es casado como está certificado en la resolución que reconoce la asignación de retiro y al momento de retiro se encontraba devengado el subsidio familiar correspondiente al 4% del SB más la prima de antigüedad y en la liquidación de la asignación de retiro solamente le aplicó el 30% de lo que devengaba como subsidio familiar. Además, en la asignación de retiro no se le tuvo en cuenta la duodécima parte de la prima de navidad.

El demandante en actividad devengaba los siguientes factores salariales: sueldo básico (smlmv + 40%) debiendo ser (smlmv + 60), prima de antigüedad (58.5% del SB), subsidio familiar (4% del SB + PA), y que Cremil le viene liquidando la asignación de retiro al demandante en forma equivocada al liquidar la asignación de retiro teniendo en cuenta solamente el 70% del sueldo básico, el 30% del subsidio familiar y el 70% de un 38.5% de la prima de antigüedad afectando doblemente esta última partida en la liquidación y desconociendo los demás factores salariales como la duodécima parte de la prima de navidad.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con fundamento en lo anterior, indicó como vulneradas, la Constitución Política: artículos 1, 3, 13, 25, 53, 90. - Artículos 138 y s.s. Ley 1437 de 2011, Ley 4 de 1992, Ley 131 de 1985, Decreto 1794 de 2000, Decreto 1793 de 2000, Decreto 4433/2004, Decreto 1162 de 2004, Ley 923 de 2004.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

Cremil se opuso a las pretensiones del demandante, aceptó como ciertos los hechos referentes a la actividad del demandante así como el reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

En su defensa, respecto al reajuste del 20% en la asignación de retiro expuso que, el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de agosto de 2016, aclarada mediante sentencia del 6 de octubre de 2016, unificó la jurisprudencia sobre esta problemática y sin haber vinculado a Cremil, decidió que con fundamento en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%. Por lo anterior es que el Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación radicó en la entidad, el complemento de la Hoja de Servicios del demandante según consecutivo 20170089911 del 29 de septiembre de 2017, por medio del cual se realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2º del Decreto 1794 de 2000. Cremil también profirió la Resolución 1309 del 18 de enero de 2018, el cual se notificó mediante consecutivo No. 15112 del 13 de febrero de 2018 incorporando el incremento del 20%, para ser liquidado en la asignación de retiro del demandante y posteriormente ser aplicado en la nómina.

Respecto a la liquidación de la asignación de retiro advierte que siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma, se debe reconocer la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando la entidad, así: $70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.50\% \text{ de Prima de Antigüedad})$. En lo tocante al subsidio familiar señaló que, dio cumplimiento al Decreto 1162 del 24 de junio de 2014, que ordenó el reconocimiento del subsidio familiar en un 30% como partida computable de la asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina.

Frente a la duodécima de la prima de navidad como partida computable en la asignación de retiro, así como en la asignaciones de los oficiales y suboficiales está regulada en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, señala que para los soldados profesionales no liquidó esta partida en la asignación de retiro, pues como lo indica el artículo 13 ibidem, numeral 13.2 las liquidaciones de los soldados profesionales deben realizarse teniendo en cuenta el salario mensual y la prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones: - *LEGALIDAD DE LAS ACTUACIONES EFECTUADAS POR LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CORRECTA APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES VIGENTES.* - *NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACIÓN EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES.* - *NO CONFIGURACIÓN DE LA*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por Cremil; declaró la nulidad de la Resolución 4976 del 19 de julio de 2016 y el oficio 7914 del 22 de febrero de 2017 que le negaron la reliquidación de la asignación de retiro al demandante y a título de restablecimiento del derecho condenó a Cremil a pagar la diferencia de los ajustes económicos a su asignación de retiro, sobre el valor reajustado en la **prima de antigüedad** en la forma dispuesta en la sentencia de unificación, desde el momento en que le fue reconocida la asignación de retiro, esto es, a partir del 20 de septiembre de 2016, tomando el 100% de la asignación salarial básica mensual; esto es el SMLMV + 60% y a esa suma se le extrae el 38.5%, e igualmente la diferencia del valor reajustado sobre el **subsidio familiar** en la forma dispuesta en la sentencia de unificación, desde el 20 septiembre de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016 aplicando la siguiente fórmula $((SB*4\%) + (SB*58,5\%))*30\%$ y el incremento del salario básico en un 20% desde el 1 de enero de 2018 hasta el 30 de junio de 2018 así, 1SMMLV + 60%.

Por lo tanto la asignación de retiro para el actor quedará así: $(Salario \times 70\%) + (salario \times 38.5\%) + ((Salario*4\%) + (Salario*58,5\%))*30\% = Asignación de Retiro$. Además, se abstuvo de imponer condena en costas.

Como fundamento de su decisión señaló que, el actor estaba cobijado por el régimen de los soldados profesionales (Decreto 1793 y 1794 de 2000) y que en esas condiciones contaba con beneficios que no tuvo como soldado voluntario como el que podía devengar otras prestaciones sociales y además que el ingreso ya no sería una bonificación sino una asignación salarial mensual equivalente al salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, estableciendo con ello un régimen de transición para aquellos soldados que habían sido voluntarios y que posteriormente se incorporaron como profesionales, a diferencia de aquellos soldados que ingresaron a la institución sin que previamente hubiesen prestado sus servicios como voluntarios, pues para ellos sería un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40% del mismo salario.

Que de acuerdo a ello, se vislumbra que el actor no está solicitando aplicación de dos regímenes diferentes, sino la observancia del régimen de transición previsto en la norma aplicable a su caso, esto es, el Decreto 1794 de 2000, artículo 1, inciso 2. Adicionalmente, como el actor también pretende se le reliquide y reajuste la prima de antigüedad según la interpretación del artículo 16 del Decreto 4433/04, la inclusión del subsidio familiar y el reajuste de la asignación de retiro de los soldados profesionales con la inclusión de la duodécima parte de la prima de navidad, y estos temas fueron estudiados en reciente Sentencia de Unificación del Consejo de Estado ya enunciada, con radicado interno 1701-16 del 25 de abril de 2019, se acogió la tesis adoptada en ese precedente por encontrarse el demandante en una idéntica situación fáctica y jurídica.

4. Apelación

Cremil señaló que, el Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016 radicó en esta Entidad, el complemento de la Hoja de Servicio del hoy demandante según consecutivo No. 20170089911 del 29 de Septiembre de 2017, por medio del cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar,

quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000.

En consecuencia, Cremil profirió la Resolución 1309 del 18 de Enero de 2018, la cual se notificó mediante consecutivo 15112 del 13 de Febrero de 2018 incorporando el incremento del 20% de conformidad con el documento aportado por la fuerza, para ser liquidado de tal manera en la asignación de retiro del demandante y posteriormente ser aplicado en la nómina.

Solicitó además, se declare la prescripción de las mesadas, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado, Expediente 25000232500020110071001, No. Interno: 1651-2012, según la cual, el término prescriptivo aplicable es el establecido en los Decretos 1211 y 1212 de 1990, no el que se refiere en el Decreto 4433 de 2004.

Finalmente solicitó no imponer condena en costas y agencias en derecho señalando que, en tratándose de las problemáticas de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesional y las partidas computables a tener en cuenta para el reconocimiento de su asignación de retiro, existían diferencias de interpretación que fueron debatidas en los diferentes despachos judiciales, para ser finalmente definidas por Consejo de Estado, pero una vez ejecutoriada la providencia de unificación, Cremil, ha adoptado todas las medidas pertinentes para el reconocimiento de los derechos consolidados por el alto Tribunal, lo que evidencia que la Entidad, ha realizado de buena fe los actos propios a la defensa judicial.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

De acuerdo al recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿El a quo omitió tener en cuenta que Cremil mediante Resolución 1309 del 18 de Enero de 2018, incorporó el incremento del 20%, para ser liquidado de tal manera en la asignación de retiro del demandante?*

¿Hay lugar a declarar la prescripción de las mesadas o reajuste de la asignación de retiro reconocido por el a quo?

¿Hay lugar a imponer condena en costas a la entidad demandada?

2. Primer problema jurídico

Cremil señaló que, el Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016 radicó en esta Entidad, el complemento de la Hoja de Servicio del demandante, por medio del cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% y que Cremil profirió la Resolución 1309 del 18 de enero de 2018, incorporando el incremento del 20%, para ser liquidado de tal manera en la asignación de retiro del demandante y posteriormente ser aplicado en la nómina.

Al respecto, la Sala precisa que, en la sentencia apelada, el *a quo* expresamente tuvo en cuenta la referida situación fáctica, precisando lo siguiente:

“En virtud de lo anterior, CREMIL reajustó de oficio la asignación de retiro al señor Héctor

Hugo, a través de la **Resolución No. 1309 del 18 de enero de 2017** (Sic) “Por la cual se ordena el incremento de la partida del sueldo básico en un 20% dentro de la Asignación de Retiro del señor Soldado Profesional (R) del Ejército HECTOR HUGO ARBELAEZ GALLEGO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 15.989.643 de Manzanares”.

Posteriormente, la Dirección de Personal del Ejército Nacional expidió el complemento de la **hoja de servicios No. 3-15989643 el 30 de agosto de 2017**, en la que incrementó en un 20% las partidas computables para la asignación de retiro desde el año 2016; es decir, del 40% al 60%, y modificó la liquidación de las partidas computables prima de antigüedad y subsidio familiar, en cumplimiento de la sentencia CE-SUJ85001333300220130006001, de la siguiente forma /pdf#1, fl.29/:

Sueldo básico año 2016	SMLV+60%	\$1.103.128
Prima de antigüedad	38.5%	424.704
Subsidio familiar	$((SB*4\%) + (SB*58,5\%))*30\%$	206.837

No obstante; la reliquidación solo tuvo alcance a partir de agosto de 2018, para el incremento del 20% con pago del respectivo retroactivo en el que va inmerso la prima de antigüedad y el subsidio familiar, como se desprende de las pruebas aportadas; **sin embargo, la liquidación de estas partidas computables no está en la forma como lo dispuso la sentencia de unificación.**

Es así que se verifica que CREMIL al reliquidar las partidas computables, siguió liquidando la Prima de Antigüedad del 38.5% sobre el 70% del salario básico para agosto de 2018 \$294.762, siendo lo correcto para ese año \$481.245 equivalente al 38.5% del 100% del sueldo básico y así sucesivamente para los demás años, como lo dispuso en el complemento de la hoja de servicios.

Ahora, se advierte en las pruebas que el subsidio familiar para el 2016, lo liquidaron sobre el 30% del subsidio familiar en actividad que equivale a \$180.981, siendo lo correcto haberlo liquidado sobre el 30% de la suma del salario básico x el 4%, más el salario básico x el 58.5%, como se desprende del complemento de la hoja de servicios complementaria que arrojó \$206.837”. (Se resalta)

De acuerdo a lo anterior, es claro que, el *a quo* sí tuvo en cuenta el complemento de la Hoja de Servicio del demandante, por medio del cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% y que Cremil profirió la Resolución 1309 del 18 de enero de 2018, incorporando el incremento del 20%, para ser liquidado de tal manera en la asignación de retiro del demandante y posteriormente ser aplicado en la nómina; sin embargo, encontró que la liquidación de la prima de antigüedad y el subsidio familiar, no estaba siendo efectuada en la forma como lo dispuso la sentencia de unificación CE-SUJ2 85001333300220130006001 del 25 de agosto de 2016, aspecto que no es objeto de discusión en esta instancia.

Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por la recurrente.

3. Segundo problema jurídico: ¿Hay lugar a declarar la prescripción de las mesadas o reajuste de la asignación de retiro reconocido por el a quo?

Solita la entidad demandada en su escrito de apelación que se declare la prescripción de las mesadas, de conformidad con la sentencia del Consejo de Estado, Expediente 250002325000201100710 01, No. Interno: 1651-2012, según la cual, el término prescriptivo

aplicable a asuntos en los que se aborde el reconocimiento de la referida prerrogativa es el establecido en los Decretos 1211 y 1212 de 1990, no el que se refiere en el Decreto 4433 de 2004.

Al respecto, la Sala precisa que, el Decreto 2728 de 1968 *“Por el cual se modifica el régimen de prestaciones sociales por retiro o fallecimiento del personal de soldados y grumetes de las Fuerzas Militares”* establece: *“Artículo 10. El derecho a reclamar las prestaciones sociales consagradas en el Decreto, prescribe a los cuatro (4) años.”*

El Decreto 1211 de 1990 *“Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares”* señala:

“Artículo 174. Prescripción. Los derechos consagrados en este Estatuto prescriben en 4 años, que se contarán desde la fecha en que se hicieron exigibles. El reclamo escrito recibido por autoridad competente sobre un derecho, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual. El derecho al pago de los valores reconocidos prescribe en 2 años contados a partir de la ejecutoria del respectivo acto administrativo y pasarán a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares”.

El Consejo de Estado¹ al respecto ha reiterado que:

*“Por otra parte, resulta oportuno precisar que por ser el derecho pensional de carácter imprescriptible, este se causa día a día y se puede solicitar en cualquier época por el interesado. Contrario sensu, el legislador ha establecido el fenómeno de la prescripción, de manera que se pagan solamente las mesadas causadas hasta **cuatro (4) años** antes de la fecha en que se haya formulado la correspondiente reclamación ante la caja de retiro, conforme al artículo 174 del Decreto 1211 de 1990.”*

De acuerdo a lo anterior, es claro que, en el caso concreto el término de prescripción aplicable es de cuatro años, contado desde que se hizo exigible el derecho; y que el reclamo escrito recibido por autoridad competente, interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

En el caso concreto, no trascurrieron cuatro (4) años entre la fecha del retiro del servicio - 20 de junio de 2016- y la petición con la que el accionante reclamó la reliquidación de la asignación de retiro -13 de febrero de 2017-; ni entre la fecha de notificación del acto acusado -el oficio 7914 del 22 de febrero de 2017 lo fue el 8 de marzo de 2017- y la fecha de presentación de la demanda -22 de enero de 2018-. Por lo tanto no ha operado la prescripción.

Por lo anterior, no prospera el argumento expuesto por la recurrente y en este aspecto se confirmará la sentencia apelada.

4. Tercer problema jurídico: ¿Hay lugar a imponer condena en costas a la entidad demandada?

Al respecto se resalta que, en la sentencia de primera instancia, el *a quo* se abstuvo de imponer condena en costas a la entidad demandada, teniendo en cuenta que: *“la contestación de la demanda se presentó con fundamentos razonables”*.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. C.P.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 1º de septiembre de 2022. Expediente: 52001-23-33-000-2018-00121-01 (4433-2019)

En esta instancia, conforme al citado artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, que la condena en costas no procede de manera automática, pues tal y como se indica en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, “(...) *solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación y* teniendo en cuenta que, en el trámite no se observa que se hayan causado, pues no hubo intervención de la parte actora, por tanto, no se condenará en costas a la parte vencida.

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

FALLA

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 14 de marzo de 2023 por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Héctor Hugo Arbeláez Gallego contra la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares - Cremil.

Segundo: No se condena en costas en esta instancia.

Tercero: Háganse las anotaciones pertinentes en el programa “*Justicia Siglo XXI*”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 47 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2020 00288 00
Demandante:	Industria Licorera de Caldas – ILC -
Demandado:	Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC -
Providencia:	Sentencia No. 135

Pasa la Sala Segunda de Decisión a proferir sentencia anticipada de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes

1. Declaraciones y condenas.

“2.1. Que son NULAS las Resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC.

2.2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene el restablecimiento pleno del derecho del contribuyente ILC y se ordene archivar el trámite de cobro coactivo para recaudar las sumas determinadas en la Resolución 0728 del 31 de mayo de 2016 por la cual la DTSC estableció una deuda a cargo de la ILC por concepto de pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011, equivalente a mil trescientos noventa y tres millones ciento ochenta y nueve mil ciento setenta y tres pesos moneda corriente.

2.3. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.”

2. Hechos.

Los fundamentos de hecho de mayor relevancia se resumen en los siguientes:

- Mediante la Resolución No. 0728 del 31 de mayo de 2016, notificada el 13 de junio de 2016, la Dirección Territorial de Salud de Caldas “estableció una deuda”

a cargo de la ILC por concepto de pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011, equivalente a \$1.393.189.173, más la indexación a que haya lugar sobre el valor de la obligación calculada a partir del 01 de mayo de 2016 y hasta el momento en que se haga efectivo el pago total de la misma.

- El acto administrativo señaló que contra el mismo procedía el recurso de reconsideración, razón por la cual el 9 de agosto de 2016 la ILC presentó el recurso de reconsideración en contra de la Resolución No. 0728 del 31 de mayo de 2016.
- Mediante Resolución No. 1264 del 10 de octubre de 2016, la DTSC resolvió el recurso de reconsideración confirmando en todas sus partes la Resolución No. 0728 del 31 de mayo de 2016; y el 14 de octubre de 2016, la apoderada judicial de la ILC se notificó personalmente de la Resolución No. 1264 del 10 de octubre de 2016 alegando irregularidades en el trámite de notificación.
- El 25 de octubre de 2014 la DTSC expidió la constancia de ejecutoria de la Resolución No. 1264 del 10 de octubre de 2016 y la incorporó al expediente; y, el 13 de febrero de 2017 la ILC presentó ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la DTSC para controvertir judicialmente la validez de la Resolución No. 1264 del 10 de octubre de 2016, proceso con radicado 17001233300020170010800, en el cual fue admitida la demanda el 25 de mayo de 2017 por parte del Tribunal Administrativo de Caldas.
- El 7 de julio de 2017 se notificó a la DTSC quien contestó la demanda mencionada anteriormente, y que, pese a estar en curso el proceso judicial en el que la ILC demandó la nulidad de la Resolución 0728 del 31 de mayo de 2016; la DTSC dio inicio al cobro coactivo y el 25 de diciembre de 2019 notificó a la ILC el contenido de la Resolución 0618 del 25 de noviembre de 2019 por la cual se profiere mandamiento de pago para recaudar las sumas determinadas en la Resolución 0728 del 31 de mayo de 2016.
- El 21 de enero de 2020 la ILC interpuso contra el mandamiento de pago las excepciones de que tratan los numerales 1, 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo 831 del Estatuto Tributario y la prevista en el artículo 824; y el, 17 de febrero de 2020, la DTSC profirió la Resolución 0169 del 17 de febrero de 2019 mediante la cual resolvió las excepciones propuestas por la ILC.
- Mediante la Resolución 0169 del 17 de febrero de 2019, la DTSC declaró no probadas las excepciones de que tratan los numerales 1, 2, 6 y 7 del artículo 831 del Estatuto Tributario y la prevista en el artículo 824 del mismo Estatuto denominada falta de competencia funcional; y, declaró probadas las

excepciones contenidas en los numerales 3 y 5 del artículo 831 del Estatuto Tributario.

- Sostiene la demandante que, no obstante haber declarado probadas las excepciones en mención, se negó a terminar el proceso de cobro coactivo como lo ordena el artículo 833 del ET, y, ordenó suspender la ejecución *“hasta tanto no exista un pronunciamiento definitivo por parte de la autoridad competente”*.
- El 27 de febrero de 2020 el Tribunal Administrativo de Caldas falló en primera instancia accediendo a las pretensiones de la I.L.C., declarando la nulidad de las Resoluciones 0728 del 31 de mayo de 2016 y 1264 del 10 de octubre de 2016 expedidas por la DTSC; y que dijo que, la ILC no adeuda intereses moratorios por concepto del pago del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011.
- Afirma la demandante que, el acto administrativo con el que ha sustentado la DTSC el recaudo, no solo no existe porque no está ejecutoriado sino que ya fue anulado en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Caldas.
- Refiere que el 20 de marzo (sin fecha) la ILC interpuso recurso de reposición contra la Resolución 0169 del 17 de febrero de 2020 por la cual la DTSC resolvió las excepciones contra el mandamiento de pago.
- El 03 de julio de 2020 la DTSC “radicó” (SIC) en la portería de la ILC copia de la Resolución 0347 del 16 de abril de 2020 por la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto por la ILC contra la Resolución 0169 del 17 de febrero de 2020 por la cual la DTSC resolvió las excepciones contra el mandamiento de pago, poniendo así fin a la actuación administrativa.

3. Normas violadas y concepto de violación.

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

Artículo 29 Constitucional.

Numerales 1, 3, 11, 12 y 13 del artículo 100 de la ley 1437 de 2011.

Artículos 828, 829, 831 y 833 del Estatuto Tributario.

El demandante funda la vulneración de las normas en mención en que, le ha sido vulnerado el derecho fundamental al debido proceso al iniciarle una acción de cobro prescrita con fundamento en un título que carece de claridad y ejecutoria; por lo que no tiene las calidades necesarias de un documento con el que se pretende un cobro coactivo; pretendiendo con esta demanda, anular los actos de cobro expedidos en

el contexto de un proceso ejecutivo que carece de título; afirmando que hay falta de ejecutoria del título ejecutivo y que, no debía suspenderse el proceso, sino finalizarse; existiendo además prescripción de la acción de cobro.

4. Contestación de la demanda (Documento 022 del expediente digital).

La demandada Dirección Territorial de Salud de Caldas, en adelante DTSC, se opone a las pretensiones de la demanda, y presenta las excepciones previas de pleito pendiente e ineptitud sustantiva de la demanda, las cuales fueron resueltas mediante auto 211 de 10 de mayo de 2022, declarándolas imprósperas.

Propuso las excepciones de fondo que denominó *“Los actos administrativos demandados no son susceptibles de control jurisdiccional”*, por ser la resolución que resuelve excepciones y la que resuelve un recurso de reposición, actos que no le ponen fin al proceso, de acuerdo al artículo 101 del CPACA.

“Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, aduciendo que la demanda debió presentarse dentro de los 4 meses siguientes contados a partir de la notificación de la resolución número 169 de 17 de febrero de 2020, la cual fue notificada el 20 de febrero de 2020; y, la demanda fue presentada el 5 de noviembre de 2020, cuando a su juicio, ya habían transcurrido 4 meses, configurándose así el fenómeno de caducidad del medio de control.

“Los actos administrativos demandados son legales”, exponiendo que, éstos cumplieron con todos los requisitos constitucionales y legales, conservando su presunción de legalidad.

“El proceso de cobro coactivo se encuentra suspendido”, sustentando que, al haberse admitido la demanda, el proceso de cobro se encuentra suspendido hasta que se profiera una decisión judicial de fondo, por lo que no hay lugar a vulneración de los derechos invocados.

“Los títulos ejecutivos reúnen los requisitos establecidos en las normas para ser ejecutados ante la jurisdicción coactiva”, exponiendo que, una vez efectuado el análisis de las condiciones de efectividad del título, la Dirección Territorial de Salud de Caldas, a través de su oficina de cobro coactivo encontró que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a favor de la entidad de acuerdo a lo preceptuado en la resolución 0662 de 2015, mediante la cual se expide el reglamento interno de recaudo de cartera de la DTSC, en concordancia con el

artículo 5 de la Ley 1066 de 2006, el artículo 828 del ET y, el artículo 99 de la ley 1437 de 2011; reuniendo la resolución número 728 de 31 de mayo de 2016 los requisitos para ser ejecutada mediante proceso de cobro coactivo, pese a encontrarse actualmente suspendido.

“La Dirección Territorial de Salud de Caldas respetó el debido proceso de la parte demandante”, pues los actos se expidieron por funcionario idóneo, con objetividad e imparcialidad; presentando el demandante excepciones en contra del mandamiento de pago; sin desvirtuarse en la demanda esa presunción.

5. Fijación del litigio.

Mediante auto número 32 de 30 de enero de 2023, se dio aplicación al artículo 42 de la Ley 2080 de 2021, que adiciona el artículo 182A, y se prescinde de la audiencia inicial establecida en el artículo 180 del CPACA; ello en vista que no había pruebas por decretar y practicar más allá de las documentales allegadas con la demanda y su contestación; siendo procedente entonces, dictar sentencia anticipada conforme prevé el literal c) del numeral 1 del artículo 182A del CPACA.

Se fijó como objeto del litigio determinar si en este caso, ¿Se presentaron en este caso o no irregularidades en el proceso de notificación de los actos demandados?, y, en caso de ser así, ¿éstas dan lugar a la declaratoria de nulidad de los mismos? Si ¿Hay lugar a la caducidad de la acción en este caso?; sí ¿se encuentra o no suspendido en este caso, el proceso coactivo adelantado por la DTSC contra la ILC?; si existe en este caso una prescripción de la acción de cobro por parte de la DTSC?; y si, ¿Se encuentran los presupuestos necesarios para declarar la nulidad de las Resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC?

Y, en caso de ser así, si de ello se desprende la consecuencia del restablecimiento del derecho de la ILC, ordenando el archivo del trámite de cobro coactivo para el recaudo de las sumas determinadas en la Resolución 0728 del 31 de mayo de 2016, mediante la cual la DTSC estableció una deuda a cargo de la ILC por concepto de pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011.

6. Alegatos de conclusión.

- Industria Licorera de Caldas – ILC – (Documento 52 expediente digital)

La demandante ILC presentó escrito de alegatos de conclusión, aduciendo que, se encuentra demostrado que, la DTSC libró mandamiento de pago contra la ILC, mediante la Resolución 618 del 25 de noviembre de 2019; pretendiendo ejecutar las resoluciones 722 del 13 de junio de 2016 y 1264 del 10 de octubre de 2016 proferidas por la misma DTSC, pese a que, a su juicio, no prestan mérito ejecutivo.

Afirma que se encuentra probado que, el mandamiento de pago se libró después de que la DTSC fuera notificada del auto por el cual se admitió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ejercido por la ILC, contra los títulos contenidos en las resoluciones 722 del 13 de junio de 2016 y 1264 del 10 de octubre de 2016, el cual se presentó el 13 de febrero de 2017 con el radicado 17001233300020170010800; concluyendo que, si la DTSC sabía que los títulos para iniciar el proceso ejecutivo ya estaban demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa, tenía la obligación de abstenerse de iniciar el proceso de cobro coactivo.

- Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC – (Documento 53 expediente digital).

La demandada DTSC presenta escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, específicamente las excepciones de caducidad en este asunto; actos demandados no son susceptibles de control jurisdiccional; suspensión del cobro coactivo; y, el respeto al debido proceso en el procedimiento de cobro coactivo.

7. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial del 02 de mayo de 2023, que se encuentra en el documento 56A del expediente digital.

I. Consideraciones de la Sala

1. Problemas jurídicos a resolver:

Si bien en la fijación del litigio se establecieron problemas jurídicos adicionales a los que a continuación se plantean, en este instante, la discusión se centrará en los siguientes:

- ¿Hay lugar a declarar probada la excepción de caducidad en este caso?
- ¿Se encuentran los presupuestos necesarios para declarar la nulidad de las Resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC?

2. De las excepciones.

De las excepciones propuestas por la demandada, esta Sala de decisión solo resolverá en este instante las denominadas *“Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”* y *“Los actos administrativos demandados no son susceptibles de control jurisdiccional”*, y las demás, *“Los actos administrativos demandados son legales”*, *“El proceso de cobro coactivo se encuentra suspendido”*, *“Los títulos ejecutivos reúnen los requisitos establecidos en las normas para ser ejecutados ante la jurisdicción coactiva”*, y, *“La Dirección Territorial de Salud de Caldas respetó el debido proceso de la parte demandante”*, se resolverán con el fondo del asunto.

2.1. De la notificación de los actos demandados.

Debe determinarse cuándo se notificaron debidamente las Resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC, para proceder al estudio de la caducidad en este asunto.

La demandada DTSC afirma que, la caducidad en este asunto se cuenta a partir del 20 de febrero de 2020, por ser la fecha de notificación de la resolución número 0169 de 2020; no obstante, contra dicho acto se interpuso recurso de reposición, el cual se resolvió mediante la resolución número 0347 de 16 de abril de 2020, no pudiéndose contabilizar el término de caducidad desde la resolución recurrida como lo afirma la demandada.

Se aporta al proceso un documento que se denomina *“notificación por aviso”*, proferido por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, con sello de dicha Dirección de fecha 17 de abril de 2020, en el que se consideró:

“Se le informa a la INDUSTRIA LICORERA DE CALDAS, que ante la imposibilidad de efectuarse la notificación personal, dada la emergencia sanitaria decretada en todo el territorio Nacional con ocasión de la pandemia SARS – CoV-19, se le notificará el presente acto administrativo, Resolución No. 0347 de 16 de abril de

2020, “POR LA CUAL SE RESUELVE UN RECURSO DE REPOSICIÓN” mediante el envío de una copia de la misma la dirección en que fue atendida la citación tal y como regula el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Igualmente, obra la imagen de lo que parece un libro de minuta de edificio, en el cual aparece anotación de 3 de julio de 2020, en el que se consigna que “la guarda Mayerly Vergara” recibe sobre de la Dirección Territorial de Salud de Caldas por la empresa transportadora “Tempo Exprés”; y nota del 6 de julio de 2020, que dice que la misma “guarda”, entrega a Jazmín Agudelo un sobre sellado.

Se allega un correo electrónico enviado por el señor Juan Carlos Betancur Gómez de la Industria Licorera de Caldas el viernes 3 de julio de 2020, a la señora Silvia Marcela Vásquez Sepúlveda de la misma entidad, en la que informa:

“Después de hacer la consulta en la portería principal sobre el recibido de esa notificación que me la entregó el doctor Álvaro Enrique Agón Llanos, me informaron que autorizó el recibido el ingreso del ingeniero Luis Fernando Velásquez García y fue recibida el día de hoy.

Procedo a enviársela a usted ya que fue un recurso presentado por el doctor Jorge Eduardo Cuervo Echeverry, posteriormente le hago llegar el original.
Juan Carlos Betancur Gómez. Asistente de Gestión Humana.”

Una vez precisado lo anterior, para esta Sala es claro que, la resolución 0347 se expidió el 16 de abril de 2020, fecha en la cual Colombia atravesaba por una emergencia sanitaria en virtud de la pandemia ocasionada por el COVID – 19, motivo por el cual resulta acertado el argumento expuesto por la DTSC en el documento denominado notificación por aviso, consistente en que, no era posible realizar la notificación personal en los términos pretendidos.

No obstante, también es cierto que la notificación que por excelencia podía haberse realizado, era la notificación electrónica prevista en el artículo 566-1 del Estatuto Tributario vigente al momento de expedición del acto acusado, el cual contempla la notificación electrónica para los requerimientos, autos que ordenen inspecciones o verificaciones tributarias, emplazamientos, citaciones, resoluciones en que se impongan sanciones, liquidaciones oficiales y demás actuaciones administrativas; incluidos los que se profieren en el proceso de cobro; y expresamente el artículo contempla que, la notificación electrónica se entenderá surtida para todos los efectos

legales, en la fecha del envío del acto administrativo en el correo electrónico autorizado; dejando claro que, la notificación del acto administrativo se entiende surtida por la Administración en la fecha de envío del primer correo electrónico, sin perjuicio de que los términos para el administrado comiencen a correr transcurridos cinco (5) días a partir de la fecha en que el acto sea efectivamente recibido.

Pese a la posibilidad que tenía la DTSC de notificar por correo electrónico los actos acusados, no lo hace de esta manera, y envía de manera física el documento a notificar, aún, conociendo como autoridad en Salud que justo en el mes de abril toda Colombia se encontraba en confinamiento, según se dispuso en el estado de emergencia económica, social y ecológica declarada por el presidente de la República mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, en todo el territorio nacional durante el término de 30 días calendario, el cual se fue prorrogando en el tiempo consistente en distanciamiento social y aislamiento; donde el mismo Decreto en mención, consideraba que *“Las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección a la vida y la salud de los colombianos”*; Decreto en el que también se expuso *“Que con el propósito de limitar las posibilidades de propagación del nuevo virus Covid 19 y de proteger la salud del público en general y de los servidores públicos que los atienden, se hace necesario expedir normas de orden legal que flexibilicen la obligación de atención personalizada al usuario y se permita incluso la suspensión de términos legales en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales.”*

Adicional a ello, el Decreto 491 de 28 de marzo de 2020 adopta medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y, toma medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; cuyo ámbito de aplicación dispuesto en su artículo primero eran todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores, niveles; y, en su artículo 4° dispuso la notificación por medios electrónicos de los actos administrativos:

“Artículo 4. Notificación o comunicación de actos administrativos. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, la notificación o comunicación de los actos administrativos se hará por medios electrónicos. Para el efecto en todo trámite, proceso o procedimiento que se inicie será obligatorio indicar la dirección electrónica para recibir notificaciones, y con la sola radicación se

entenderá que se ha dado la autorización.

En relación con las actuaciones administrativas que se encuentren en curso a la expedición del presente Decreto, los administrados deberán indicar a la autoridad competente la dirección electrónica en la cual recibirán notificaciones o comunicaciones. Las autoridades, dentro de los tres (3) días hábiles posteriores a la expedición del presente Decreto, deberán habilitar un buzón de correo electrónico exclusivamente para efectuar las notificaciones o comunicaciones a que se refiere el presente artículo.

El mensaje que se envíe al administrado deberá indicar el acto administrativo que se notifica o comunica, contener copia electrónica del acto administrativo, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo. La notificación o comunicación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. En el evento en que la notificación o comunicación no pueda hacerse de forma electrónica, se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 67 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Parágrafo. *La presente disposición no aplica para notificación de los actos de inscripción o registro regulada en el artículo 70 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.” (Subraya la Sala).*

Pese a lo anterior, la DTSC no optó por la notificación electrónica, sino por el envío del documento, al parecer a la dirección de la Industria Licorera de Caldas, sin que aporte tampoco con la contestación de la demanda, pruebas de dicha entrega, dirección, guías de correo certificado u otros documentos que acrediten la entrega efectiva del acto a notificar con la respectiva fecha y hora; de manera que, para esta Sala de decisión, la fecha de notificación efectiva del acto enviado por la DTSC a la ILC es el 3 de julio de 2020, de acuerdo con la imagen del libro de minutas donde aparece recibido sobre de la DTSC en esa fecha, confirmado por el correo electrónico que se menciona, en el que el asistente de Gestión Humana informa del documento recibido en esa fecha, y envía el mismo a la señora Beatriz Eugenia Álzate García.

2.2. De la caducidad.

Partiendo del hecho que la notificación del acto demandado se hizo efectiva el 3 de julio de 2020, y que el demandante contaba con 4 meses para la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contados a partir del día siguiente, conforme el literal d del artículo 164 del CPACA; es decir, en este caso hasta el 4 de noviembre de 2020; siendo necesario aclarar en este caso que, si bien el acta de reparto tiene fecha de 5 de noviembre de 2020, al consultar la ventanilla virtual de reparto, se evidencia que la demanda fue allí presentada el día 4 de noviembre de 2020, como se observa en la imagen de la ventanilla virtual que se incluye en la constancia secretarial que reposa en el documento 57 del expediente digital.

De manera que, en este caso la demanda fue presentada dentro del término previsto para ello, por lo que no prospera la excepción de caducidad propuesta por la parte demandada como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

3. De los actos administrativos de control Judicial.

Frente a la excepción relacionada con que los actos demandados no son susceptibles de control judicial, porque la resolución que resuelve excepciones no pone fin al proceso; basta la transcripción del artículo 835 del Estatuto Tributario que dispone:

“Artículo 835. Intervención del Contencioso Administrativo. Dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, sólo serán demandables ante la Jurisdicción Contencioso - Administrativa las resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución; la admisión de la demanda no suspende el proceso de cobro, pero el remate no se realizará hasta que exista pronunciamiento definitivo de dicha jurisdicción.” (Subraya la Sala).

De la norma en mención queda claro que, efectivamente la resolución mediante la cual se resuelven excepciones es demandable ante esta jurisdicción, y es justo ese acto el que se demanda en este asunto, por lo que, se resolverá desfavorablemente esta excepción, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

4. Análisis normativo.

Los artículos 828, 829, 831 y 833 del Estatuto Tributario regula lo relacionado con los títulos ejecutivos que prestan mérito ejecutivo; la ejecutoria de los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo; y, las excepciones contra el mandamiento de pago en el siguiente sentido:

“Artículo 828. Títulos ejecutivos. Prestan mérito ejecutivo:

- 1. Las liquidaciones privadas y sus correcciones, contenidas en las declaraciones tributarias presentadas, desde el vencimiento de la fecha para su cancelación.*
- 2. Las liquidaciones oficiales ejecutoriadas.*
- 3. Los demás actos de la Administración de Impuestos debidamente ejecutoriados, en los cuales se fijan sumas líquidas de dinero a favor del fisco nacional.*
- 4. Las garantías y cauciones prestadas a favor de la Nación para afianzar el pago de las obligaciones tributarias, a partir de la ejecutoria del acto de la*

Administración que declare el incumplimiento o exigibilidad de las obligaciones garantizadas.

5. Las sentencias y demás decisiones jurisdiccionales ejecutoriadas, que decidan sobre las demandas presentadas en relación con los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses que administra la Dirección General de Impuestos Nacionales.

Parágrafo. Para efectos de los numerales 1 y 2 del presente artículo, bastará con la certificación del Administrador de Impuestos o su delegado, sobre la existencia y el valor de las liquidaciones privadas u oficiales.

Artículo 829. Ejecutoria de los actos. Se entienden ejecutoriados los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo:

1. Cuando contra ellos no proceda recurso alguno.
2. Cuando vencido el término para interponer los recursos, no se hayan interpuesto o no se presenten en debida forma.
3. Cuando se renuncie expresamente a los recursos o se desista de ellos, y
4. Cuando los recursos interpuestos en la vía gubernativa o las acciones de restablecimiento del derecho o de revisión de impuestos se hayan decidido en forma definitiva, según el caso. (Subraya la Sala)

Artículo 831. Excepciones. Contra el mandamiento de pago procederán las siguientes excepciones:

1. El pago efectivo.
2. La existencia de acuerdo de pago.
3. La de falta de ejecutoria del título.
4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.
5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
6. La prescripción de la acción de cobro, y
7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.

Artículo 833. Excepciones probadas. Si se encuentran probadas las excepciones, el funcionario competente así lo declarará y ordenará la terminación del procedimiento cuando fuere del caso y el levantamiento de las medidas preventivas cuando se hubieren decretado. En igual forma, procederá si en cualquier etapa del procedimiento el deudor cancela la totalidad de las obligaciones.

Cuando la excepción probada, lo sea respecto de uno o varios de los títulos comprendidos en el mandamiento de pago, el procedimiento continuará en relación con los demás sin perjuicio de los ajustes correspondientes.”

5. De la declaratoria de nulidad de las resoluciones números 0728 del 31 de mayo de 2016 y 1264 del 10 de octubre de 2016, expedidas por el director general de la DTSC, con las cuales se estableció como deuda a cargo de la ILC por la suma de \$1.939'189.173 por concepto de intereses moratorios por pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011.

En este caso, se demandan las resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC, mediante las cuales se resuelven

las excepciones propuestas contra el mandamiento de pago proferido con ocasión a la resolución número 0728 de 31 de mayo de 2016, por la cual, la DTSC estableció una deuda contra la ILC por la cancelación extemporánea de los recursos del IVA descontable destinados al sector salud correspondientes a las vigencias 2010 y 2011; resolución contra la cual se interpuso recurso de reposición, que fue resuelto mediante resolución 1264 de 10 de octubre 2016, confirmándola en todas sus partes.

Mediante la resolución 0169 de 17 de febrero de 2020, se resolvió declarar probadas las excepciones de los numerales 3 y 5 del artículo 831 del Estatuto tributario, de falta de ejecutoria del título ejecutivo y la interposición de demanda de restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y, se *“ordenó la suspensión de la ejecución por vía administrativa coactiva adelantada contra la Industria Licorera de Caldas por el proceso judicial adelantado dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho con radicado 17001233300020170010800, hasta tanto no exista pronunciamiento definitivo por autoridad competente”*.

De las normas mencionadas en el numeral anterior, queda claro que, se entienden ejecutoriados los actos administrativos entre otros, cuando las demandas interpuestas dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se hayan decidido definitivamente; y una de las excepciones que pueden proponerse contra el mandamiento de pago es justamente, la de interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Y, conforme al artículo 833 del ET, si se encuentran probadas las excepciones, deben declararse así, y ordenar la terminación del procedimiento cuando resulte procedente.

Ahora, en sentencia número 021 de 27 de febrero de 2020, la Sala Quinta de Decisión de este Tribunal Administrativo resolvió:

Primero. DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones nº 0728 del 31 de mayo de 2016 y nº 1264 del 10 de octubre de 2016, expedidas por el Director General de la DTSC, con las cuales se estableció como deuda a cargo de la ILC, la suma de \$1.939'189.173 por concepto de intereses moratorios por pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011, y se confirmó dicha decisión. Lo anterior, de

conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **DECLÁRASE** que la Industria Licorera de Caldas no adeuda intereses moratorios por pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011.

Tercero. CONDÉNASE en costas en esta instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** un 0.5% de la cuantía estimada en este proceso como agencias en derecho.

Cuarto. La anterior providencia se **NOTIFICA** en estrados.

Quinto. 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”.

La sentencia referida, fue confirmada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, el 16 de marzo de 2023, decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada.

En razón de lo expuesto, los actos demandados, surgen con fundamento en las resoluciones que fueron declaradas nulas por esta jurisdicción con ocasión a la demanda que dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso la ILC contra la DTSC dentro del proceso con radicado 17001233300020170010800, de manera que, tales actos administrativos en los cuales se soportan las resoluciones ahora demandadas, han perdido su fuerza ejecutoria por virtud de la nulidad declara en sentencia judicial debidamente ejecutoriada; por lo tanto desaparecen los fundamentos de hecho y de derecho de los actos administrativos sub judice dentro del presente medio de control y, además es del caso dejar establecido que, al haberse declarado probadas las excepciones de falta de ejecutoria del título e interposición de demandas de restablecimiento del derecho contra los actos constitutivos del título ejecutivo, resultaba procedente terminar la ejecución coactiva adelantada contra la Industria Licorera de Caldas; y una vez, en firme el fallo definitivo, de resultar favorable a sus intereses, iniciar de nuevo, la actuación de cobro por vía coactiva, profiriendo un nuevo mandamiento de pago.

En ambos sentidos se ha pronunciado el Consejo de Estado¹; respecto de la necesidad de terminar el proceso cuando resulte probada la excepción de interposición de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho; y, ante la

¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 5 de febrero de 2019. CP. Dr. Milton Chávez García. Rad. 47001 23 33 000 2013 00307 01 (22201).

pérdida de fuerza ejecutoria del acto que se fundó en actos declarados nulos:

“(…) Así pues, como las resoluciones que conforman el título ejecutivo pueden ser controvertidas a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del CPACA, es claro que en el proceso ejecutivo pueda proponerse la mencionada excepción y si se prueba, se debe declarar la terminación del proceso de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares.

Sobre el particular, la Sala ha precisado lo siguiente²:

“Conforme con el artículo 833 del Estatuto Tributario, si se prueba la excepción se debe declarar y ordenar la terminación del procedimiento de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares cuando se hubieren decretado.

La terminación del procedimiento de cobro coactivo surge de la falta de firmeza del título ejecutivo que solo se logra cuando la demanda se haya decidido definitivamente, de acuerdo con el artículo 829.4 del Estatuto Tributario, ya que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho impide la ejecutoriedad del acto administrativo demandado. Si la misma no prospera la Administración puede iniciar el proceso de cobro coactivo contra el demandante expidiendo un nuevo mandamiento de pago”.

Bajo ese entendido, la prueba de existencia de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos, en los que se fundamenta el proceso de cobro coactivo, impide la ejecutoria del título ejecutivo. Por consiguiente, se debe declarar probada la excepción, la terminación del proceso de cobro y el levantamiento de las medidas cautelares. Aunque si la demanda no prospera la Administración puede iniciar el proceso de cobro coactivo contra la demandante expidiendo un nuevo mandamiento de pago.

(…)

Por consiguiente, si las resoluciones que constituyen el título ejecutivo del mandamiento de pago fueron anuladas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los actos administrativos que en esta oportunidad se demandan perdieron fuerza de ejecutoria, pues cesaron las razones que sirvieron de fundamento para su expedición.

Sobre este punto en particular, la Sección ha precisado que “la fuerza ejecutoria de los actos administrativos que sirven de fundamento al cobro coactivo tiene una regla especial en materia tributaria, pues la ejecutoriedad del acto solo se adquiere cuando la jurisdicción de lo contencioso administrativo decida definitivamente las acciones de restablecimiento del derecho que se hayan interpuesto”³.

En consecuencia, dado que los actos administrativos que contienen la obligación que sirvió de base para el proceso de cobro fueron anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la legalidad quedó desvirtuada y esa obligación ha desaparecido del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el proceso de cobro ya no tiene finalidad y los actos administrativos dictados con el propósito de hacer efectiva la obligación deben ser igualmente declarados nulos, dados los efectos que un proceso tiene en el otro.

Las anteriores razones son suficientes para modificar el numeral segundo de

² Cita de cita. Sentencia de 12 de agosto de 2014, exp. 20298, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

³ Sentencia de 12 de noviembre de 2015, exp. 21537, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia.

la sentencia apelada. En consecuencia, como restablecimiento del derecho, declara la terminación del proceso de cobro coactivo y el levantamiento de las medidas cautelares que se hayan decretado. En lo demás, confirma la sentencia apelada. (...) (Subrayas y negrillas de la Sala).

Por lo considerado, para esta Sala hay lugar a la declaratoria de nulidad de las demandadas resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC, toda vez que, pese a la declaratoria probada de las excepciones de falta de ejecutoria del título, e interposición de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de la DTSC dentro del proceso coactivo contra la ILCA, no se procedió a la terminación de la actuación del ejecutivo de cobro coactivo; quedando además desvirtuada la legalidad de los actos demandados, al desaparecer del ordenamiento jurídico los fundamentos de éstos, por la declaratoria de nulidad de las resoluciones 0728 del 31 de mayo de 2016 y 1264 del 10 de octubre de 2016 por parte de esta jurisdicción, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia. Debiéndose ordenar que, a título de restablecimiento del derecho, la **DTSC** proceda a la terminación y archivo del cobro coactivo para el recaudo de las sumas determinadas en la Resolución 0728 del 31 de mayo de 2016 por la cual la DTSC estableció una deuda a cargo de la ILC por concepto de pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011.

Por lo expuesto, se declararán imprósperas las excepciones denominadas “*Los actos administrativos demandados son legales*”, “*El proceso de cobro coactivo se encuentra suspendido*”, “*Los títulos ejecutivos reúnen los requisitos establecidos en las normas para ser ejecutados ante la jurisdicción coactiva*”, y, “*La Dirección Territorial de Salud de Caldas respetó el debido proceso de la parte demandante*”, como se resolverá.

9. De la renuncia de poder y reconocimiento de personería.

En el documento 54 del expediente digital reposa memorial de renuncia de poder presentado por la apoderada judicial de la DTSC abogada, Sandra Carolina Hoyos Guzmán, identificada con cédula de ciudadanía número 52.441.445 y portadora de la TP 168.650 del CS de la J, con la copia de la comunicación correspondiente al Director Territorial de Salud de Caldas de fecha 24 de febrero de 2023.

De igual manera, en el documento 55 del expediente digital, se allega memorial poder conferido mediante correo electrónico por el director general de la Dirección

Territorial de Salud de Caldas, Jorge Rubio Jiménez al abogado Óscar Salazar Granada. No obstante, no se relaciona el número de cédula o tarjeta profesional de éste, hay lugar al reconocimiento de personería.

10. Costas.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado⁵ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

Una vez revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial desplegando actuaciones útiles para la defensa de sus intereses, presentó la demanda, alegatos de conclusión; y, la parte demandada resultó vencida dentro del proceso. Por lo tanto, se condenará en costas por concepto de agencias en derecho a cargo de la parte demandada DTSC y en favor de la parte demandante ILC. La liquidación del monto de las mismas se hará en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

III. Resuelve

Primero: Declarar no probadas las excepciones propuestas por la demandada Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC – denominadas *“Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”, “Los actos administrativos demandados no son susceptibles de control jurisdiccional”, “Los actos administrativos demandados son legales”, “El proceso de cobro coactivo se encuentra suspendido”, “Los títulos ejecutivos reúnen los requisitos establecidos en las normas para ser ejecutados ante la jurisdicción coactiva”, y, “La Dirección Territorial de Salud de Caldas respetó el debido proceso de la parte demandante”.*

Segundo: Declarar la nulidad de las resoluciones 0169 del 17 de febrero de 2019 y 0347 del 16 de abril de 2020 proferidas por la DTSC, y a título de restablecimiento del derecho, **ordenar a la DTSC** la terminación y archivo del cobro coactivo para el recaudo de las sumas determinadas en la Resolución 0728 del 31 de mayo de 2016 por la cual la

DTSC estableció una deuda a cargo de la ILC por concepto de pago extemporáneo del IVA descontable destinado al sector salud de las vigencias 2010 y 2011.

Tercero: Condenar en costas en esta instancia a la demandada y en favor de la demandante a título de agencias en derecho.

Cuarto: Aceptar la renuncia de poder presentada por la abogada Sandra Carolina Hoyos Guzmán, identificada con cédula de ciudadanía número 52.441.445 y portadora de la TP 168.650 del CS de la J.

Quinto: Reconocer personería para actuar en calidad de apoderado de demandada Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC - al abogado Óscar Salazar Granada.

Sexto: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

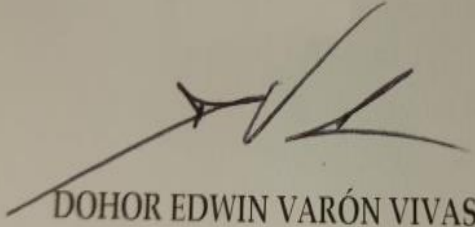
Notifíquese y cúmplase

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

Magistrados



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS



Sala Segunda de Decisión Oral

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 210

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-009-2021-00246-02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Rodrigo Alfonso Jiménez Ospina
Demandado:	Municipio de La Dorada Caldas

I. Asunto

Procede la Sala a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto del 25 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Antecedentes

A través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el demandante pretende se declare la nulidad de los siguientes decretos expedidos por el Alcalde de La Dorada, Caldas, el día 20 de agosto de 2021:

-No. 147 “Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración central del municipio de La Dorada –Caldas, las funciones generales de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”.

-No. 148 “Por medio del cual se establece la planta global de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”

-No. 150 “Por medio del cual se hacen unas incorporaciones de empleos a la planta de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”

-No. 151 “Por medio del cual se hacen unas supresiones de empleos de la planta global de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”.

A título de restablecimiento del derecho, solicita sea el demandante mantenido en su empleo o reintegrado sin solución de continuidad, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de cancelar, debidamente indexados.

Como medida cautelar, se solicitó decretar la suspensión de los efectos jurídicos de los decretos demandados, fundada en los siguientes argumentos: i) el demandante accedió a su cargo previo concurso de méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, proceso de selección No. 688 de 2018; ii) el Alcalde Municipal no era el funcionario competente para emitir los actos administrativos enjuiciados por cuanto, para el 20 de agosto de 2020 se encontraba vigente el acto de encargo en cabeza del Secretario General, el señor Fabio de Jesús Moncada; iii) existe falsa o indebida motivación en la medida que la selección de la sociedad Duque & Arango asesores S.A.S. no fue objetiva y transparente por cuanto se observan vicios de nulidad en el contrato celebrado pues no contaba con la experiencia general habilitante; iv) el estudio técnico en el cual se fundó la reforma a la planta de personal *“no se individualizó de forma alguna cuáles eran los cargos o funcionarios específicos a los que se les debería finalizar el contrato de trabajo”* dejando en manos de la administración definir cuáles cargos se debían suprimir; v) el Decreto 151 de 2021 mediante el cual se suprimieron 72 cargos, no señaló la forma cómo se seleccionaron los empleos suprimidos y los que continuaban; vi) por esa circunstancia, se vulneran los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, siendo los actos demandados, subjetivos y arbitrarios, cual se traduce en injusticia social; vii) en los actos demandados no se dijo nada sobre la posibilidad de reincorporación a la planta de empleos ni de recibir una indemnización; viii) el municipio no contaba con la disponibilidad presupuestal para cubrir el valor de las indemnizaciones; ix) el salario que devengaban los accionantes era su única fuente de sustento, y el pago tardío por motivo de esta reclamación configura un perjuicio irremediable, sumado a las situaciones particulares de algunos de ellos (salud/personas cargo/).

El municipio defiende la legalidad de los actos acusados y se opone al decreto de la medida cautelar.

- El auto apelado.

Mediante auto del 25 de octubre de 2022, el juzgado de conocimiento negó la medida cautelar de suspensión provisional de los actos administrativos enjuiciados; y para adoptar dicha decisión, adujo que las plantas de personal de las entidades estatales pueden sufrir reformas justificadas en la necesidad del servicio o modernización de la administración, basadas en estudios técnicos que así lo demuestren con los requisitos ya atrás mencionados; empero, los

argumentos expuestos como concepto de violación y el caudal probatorio recaudado hasta ahora no resulta suficiente para acceder a lo petitionado, pues, se evidencia necesario garantizar a la accionada el debido proceso y el derecho de contradicción en sede judicial para que después de recaudar las pruebas solicitadas, se haga el estudio de fondo del caso por parte del Despacho que permitan analizar de fondo lo relativo a las argumentaciones objeto de la litis.

- El recurso de apelación.

La parte demandante presentó recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar, con base en los siguientes argumentos:

- Indica que el Alcalde de la Dorada Caldas no tenía competencia para expedir los actos administrativos involucrados en esta controversia, comoquiera que en la fecha en que los mismos aparecen suscritos (20 de agosto de 2021), aquel se encontraba ausente del municipio y quien fungía como Alcalde encargado era el Secretario General y Administrativo, doctor Fabio de Jesús Moncada Melo, durante los días 19 y 20 de agosto de 2021, en virtud del Decreto No. 0144 del 18 de agosto de 2021 *“por medio del cual se hace un encargo a un funcionario para que ejerza transitoriamente las funciones del alcalde municipal”*. Señala que no fue expedido acto administrativo alguno con el que el Alcalde avocara nuevamente sus funciones el día 20 de agosto de 2021.

- Aduce, además, la falta de idoneidad del contratista que efectuó el estudio con base en el cual se expidieron los decretos que aquí se demandan. Precisa que el pliego definitivo del concurso de méritos abierto Nro. 001-2021, publicado el día 23 de febrero de 2021 a las 04:06 PM, fijó como experiencia habilitante del proponente: *“...un mínimo de 10 años, acreditable mediante la matrícula mercantil. En caso de propuesta conjunta, como mínimo uno de sus integrantes debe cumplir con este requisito.”* Sin embargo, el único oferente que se presentó a la convocatoria fue la empresa DUQUE Y ARANGO ASESORES S.A.S con Nit 901-088.879-3; empresa que según el certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos de la Cámara de Comercio de Manizales, se matriculó el día junio 13 de 2017. Concluye que la empresa no contaba con los 10 años de experiencia general habilitante, pues a la fecha de haberse publicado los pliegos no contaba ni con 4 años de haber sido constituida, situación que se desprende fácilmente de la revisión de la cámara de comercio de dicha sociedad y que el despacho de instancia pretende obviar, pues el requisito de experiencia es de los que se tienen como insubsanables en contratación estatal.

Agrega que los contratos presentados por la referida empresa para acreditar la experiencia requerida en el punto 4.3.2.1 del pliego de condiciones, no reúne los requisitos allí

establecidos; señala que todos los contratos debían aparecer debidamente registrados en el Registro Único de Proponentes – RUP.

- Sumado a lo ya expuesto, la parte actora sí considera demostrado un perjuicio grave e inminente en cabeza del demandante, que haga necesaria la suspensión de los efectos de los actos demandados, pues su empleo es su única fuente de ingresos. Estima que con la desvinculación de su trabajo se le está afectado su fuente de ingresos, sin que se deban exigirse presupuestos adicionales o prueba adicional, pues resulta claro que a quien se le desvincula laboralmente como regla general se le afectan sus prerrogativas fundamentales.

En suma, considera procedente el decreto de la medida y por lo tanto, solicita la revocatoria del auto proferido en primera instancia.

II. Consideraciones de la Sala

Es competente la Sala Segunda de este Tribunal para conocer del presente asunto en virtud de la disposición contenida en el artículo 125 literal h del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 125. <Artículo modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.
2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:
 - a) Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;
 - b) Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código;
 - c) Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido;
 - d) Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código;
 - e) Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia;
 - f) En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala;
 - g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;
 - h) **El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.** En primera instancia esta decisión será de ponente.

3. Será competencia del magistrado ponente dictar las demás providencias interlocutorias y de sustanciación en el curso de cualquier instancia, incluida la que resuelva el recurso de queja. /Resaltado fuera de texto/

ARTÍCULO 243. <Artículo modificado por el artículo 62 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:

1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo.
2. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso.
3. El que apruebe o impruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. El auto que aprueba una conciliación solo podrá ser apelado por el Ministerio Público.
4. El que resuelva el incidente de liquidación de la condena en abstracto o de los perjuicios.
5. El que decrete, deniegue o modifique una medida cautelar.
6. El que niegue la intervención de terceros.
7. El que niegue el decreto o la práctica de pruebas.
8. Los demás expresamente previstos como apelables en este código o en norma especial.

Así las cosas, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la medida cautelar solicitada por la parte demandante, será decidido por la Sala de Decisión.

1. De la solicitud de suspensión provisional.

En el *sub examine* se reclama la suspensión provisional de los actos administrativos reseñados al inicio de esta providencia, todos ellos inmersos en el proceso de reestructuración de la planta global de la administración municipal de La Dorada – Caldas.

El artículo 238 Constitucional prevé la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial, “*por los motivos y con los requisitos que establezca la ley*”.

A su vez, los artículos 229, 230 y 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, regulan el tema así:

“Artículo 230. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las

¹En adelante C.P.A.C.A.

pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:
[...]

2. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

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

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

[...]

El Consejo de Estado ha señalado en forma reiterada y constante el carácter excepcional de la **medida cautelar** de la Suspensión Provisional, que implica, nada menos, el desconocimiento “*ab initio*” de la presunción de legalidad del acto de la administración, con la consiguiente suspensión de sus efectos inmediatos y la postergación de su ejecución.

La suspensión provisional se determina como una medida cautelar de carácter material que suspende el acto administrativo con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico, hasta tanto se determine la constitucionalidad o legalidad del acto estudiado.

Con el nuevo estatuto de lo Contencioso Administrativo, cambiaron las exigencias que traía el artículo 152 del C.C.A para la procedencia de dicha medida. Es así como, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de diciembre de 2012², advierte dichos cambios:

*“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia **sine qua non** que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud.*

Entonces (sic) ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura (sic) de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud” ⁶(negritas del original).

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.”

²Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, Exp. 11001-03-24-000-2009-00290-00; C.P Guillermo Vargas Ayala.

Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

“Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional”

Posición que encuentra respaldo en providencia del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2015³.

“El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos los siguientes:

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

En ese estado de cosas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece una variación significativa en relación con aquella que contenía el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en lo referente a la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En primer lugar, en la actualidad –CPACA-, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio.
(Subrayas de la Sala).

Al constatarse que la demanda se presentó en vigencia del CPACA, no estará sujeto el análisis a que la contradicción entre las normas invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, sino que se confrontará el acto demandado con las normas que se señalan como violadas, tanto en la solicitud de suspensión como en la demanda, en concordancia con las pruebas allegadas a la actuación.

Conviene precisar que, en los demás casos, esto es, aquellos referidos a medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de actos administrativos, el análisis de Juez sí debe recaer en otros requisitos tales como: i) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; ii) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del

³Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Providencia del 11 de mayo de 2015; Exp. 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149); C.P Olga Melina Valle de la Hoz.

derecho o de los derechos invocados; iii) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla; iv) Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

Pero en tratándose de la suspensión provisional de actos administrativos, se itera, no resulta necesario acreditar estos últimos requisitos para determinar la procedencia de la medida cautelar.

3. Del caso concreto

Atendiendo los argumentos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 25 de octubre de 2022, por medio del cual se negó en primera instancia una solicitud de medida cautelar consistente en la suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia en el libelo inicial, procede esta Sala a considerar lo siguiente:

3.1. Competencia para expedir los actos administrativos sub examine.

Uno de los requisitos de validez del acto administrativo es la competencia del funcionario u órgano que lo expide, esto es, la autorización que por virtud de la Constitución y la ley le es dada para decidir sobre ciertos asuntos sobre los cuales ejerce autoridad (factor material), en el ámbito geográfico dentro del cual le es permitido ejercer sus atribuciones (factor territorial) y por el periodo o dentro de la oportunidad prevista según el caso (factor temporal).

Ahora bien, en este caso se encuentra demostrado que el Concejo Municipal de La Dorada, mediante acuerdo Nro. 005 del 29 de agosto de 2020, otorgó al alcalde municipal de la Dorada - Caldas facultades pro tempore para ejercer precisas funciones del Concejo municipal, específicamente para determinar la nueva estructura de la administración municipal y lo autorizó para realizar el proceso de modernización institucional con el fin de revisar y ajustar la estructura organizacional en aras de responder a un nuevo esquema institucional, objetivos y agenda estratégica definidos para la entidad, tendientes a un rediseño organizacional.

El Alcalde Municipal expidió el Decreto No. 0144 del 18 de agosto de 2021 *“Por medio del cual se hace un encargo a un funcionario para que ejerza transitoriamente las funciones del alcalde municipal”* en cuyo artículo primero se dispone encargar al Secretario General y Administrativo, doctor Fabio de Jesús Moncada Melo, para asumir las funciones del Alcalde Municipal de La Dorada (Caldas), durante los días 19 y 20 de agosto de 2021, sin separarse

de las funciones propias de cargo del cual es titular.

Como bien lo ha dicho el Consejo de Estado⁴, *“en su vinculación laboral con el Estado, los servidores públicos pueden encontrarse en diferentes «situaciones administrativas», dentro de las cuales se pueden identificar las siguientes: el servicio activo, la licencia, el permiso, la comisión, el encargo, las vacaciones, el servicio militar y la suspensión en el ejercicio de funciones.”* Lo anterior, precisando que *“El encargo, en particular, se refiere a una forma de provisión del empleo público en virtud de la cual un servidor desempeña temporalmente, de manera total o parcial, las funciones propias de otro cargo a raíz de la ausencia transitoria o definitiva de su titular.”* Por lo tanto, puede concluirse que, quien funge como Alcalde encargado, se encuentra revestido de competencia para cumplir las funciones a él asignadas durante el tiempo que así lo determine el acto administrativo que disponga sobre dicha situación administrativa.

También ha de tenerse en cuenta que, para que el encargo tenga efectos, debe darse la ausencia física del Alcalde de su sede, toda vez que mientras éste se encuentre en la misma, no puede sustraerse de cumplir con sus atribuciones, a menos que se trate de la delegación permanente. Ello, aplicando, *mutatis mutandi*, lo dicho por el Consejo de Estado para el cargo de Gobernador.⁵

Al respecto encuentra la Sala que, mientras la parte demandante sostiene que el Alcalde de la Dorada no se encontraba presente en su sede el 20 de agosto de 2021 y que no existe Decreto alguno mediante el cual hubiese avocado nuevamente sus funciones para esa fecha, el municipio de la Dorada argumenta en su defensa que mediante Oficio DDA-0135- 2021, el primer mandatario reasumió funciones el 20 de agosto de 2021 y en la misma dataexpidió los actos administrativos de reestructuración.

Conviene entonces indicar que, ciertamente, el alcalde titular puede reasumir en cualquier momento sus funciones y puede hacerlo a través de un acto administrativo que adopte la forma de decreto o resolución. Sin embargo, independientemente de la naturaleza jurídica y del alcance probatorio que se le otorgue al oficio DDA-0135-2021, lo relevante en este caso es la demostración de que el Jefe de la Administración municipal de la Dorada se encontraba en su sede el día en que se suscribieron los actos aquí acusados, pues de ello depende que se determine si para esa data surtía o no efectos el acto administrativo que dispuso sobre el encargo; y por ende, en cabeza de quién radicaba la competencia para expedir los actos de que se trata la demanda. Este aspecto no está debidamente dilucidado en esta etapa temprana del proceso a pesar del recaudo probatorio acopiado hasta el momento, razón por la cual no es

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 15 de julio de 2021. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Radicado: 11001-03-25-000-2019-00084-00.

⁵ Consejo de Estado, sección primera E. No. 44001-23-31-000-2001-00257 01 de 2005.

factible extraer en este momento una conclusión al respecto.

3.2. De la falta de idoneidad del contratista que efectuó el estudio con base en el cual se expidieron los decretos que aquí se demandan.

Obra en el expediente el Pliego de Condiciones expedido en el marco del proceso de selección por concurso de méritos abierto No. 001-2021, para efectos de suscribir un contrato con el objeto de que se realice una "*CONSULTORIA PARA EL PROCESO FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL Y MODERNIZACIÓN ORGANIZACIONAL DE LA ADMINISTRACION CENTRAL DEL MUNICIPIO DE LA DORADA CALDAS EN LOS SIGUIENTES TEMAS, ELABORACIÓN DEL ESTUDIO TECNICO PARA LA REESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA Y DISEÑO DEL MANUAL DE PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS*". En dicho documento se puede apreciar el cronograma de la convocatoria pública, las condiciones mínimas de participación y participantes, experiencia habilitante del proponente, requisitos habilitantes de capacidad administrativa, entre otros. En dicho pliego se establece, además, que la adjudicación del proceso de selección se hará en audiencia pública y mediante resolución motivada expedida por el ordenador del gasto, en la cual se resolverán las observaciones presentadas por los oferentes.

Los actos precontractuales - entre ellos la resolución de adjudicación – y el contrato propiamente dicho (Contrato de consultoría No. 10032101) gozan de presunción de legalidad y por lo tanto, la nulidad por incumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de condiciones, debe deprecarse a través del medio de control de controversias contractuales establecido en el artículo 141 del CPACA.

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando ya ha sido suscrito el contrato, no es la vía judicial procedente para atacar los actos precontractuales y desvirtuar el cumplimiento de requisitos tales como la experiencia general o la experiencia específica requerida que habilitaba para participar en el concurso y obtener la adjudicación del contrato.

El hecho de que tales actos y el contrato mismo no haya sido anulado por esta jurisdicción, impide realizar en esta instancia juicios de legalidad que dejen en entredicho la validez del proceso contractual llevado a cabo por la Administración del municipio de La Dorada, Caldas. Es por ello que, todo juicio en torno al incumplimiento de los parámetros consignados en el pliego de condiciones, resulta ajeno al objeto de este proceso.

Ahora bien, el estudio técnico en sí mismo considerado, siendo como es el fundamento de los actos de reestructuración objeto de controversia, sí se erige como un presupuesto que compromete la legalidad de todo proceso de reestructuración administrativa; es por ello que, debe ser en el curso del proceso y a través del debate probatorio que desplieguen todos los sujetos procesales, que se arribe a conclusiones fiables sobre el fundamento fáctico y jurídico de dicho estudio técnico.

Ha de tenerse en cuenta, además, lo previsto en el Decreto 1083 de 2015⁶, que en lo pertinente dispone:

Artículo 2.2.12.2. *Se entiende que la modificación de una planta de empleos está fundada en necesidades del servicio o en razones de modernización de la administración, cuando las conclusiones del estudio técnico de la misma deriven en la creación o supresión de empleos con ocasión, entre otras causas, de:*

- 1. Fusión, supresión o escisión de entidades.*
- 2. Cambios en la misión u objeto social o en las funciones generales de la entidad.*
- 3. Traslado de funciones o competencias de un organismo a otro.*
- 4. Supresión, fusión o creación de dependencias o modificación de sus funciones.*
- 5. Mejoramiento o introducción de procesos, producción, de bienes o prestación de servicios.*
- 6. Redistribución de funciones y cargas de trabajo.*
- 7. Introducción de cambios tecnológicos.*
- 8. Culminación o cumplimiento de planes, programas o proyectos cuando los perfiles de los empleos involucrados para su ejecución no se ajusten al desarrollo de nuevos planes, programas o proyectos o a las funciones de la entidad.*
- 9. Racionalización del gasto público.*
- 10. Mejoramiento de los niveles de eficacia, eficiencia, economía y celeridad de las entidades públicas.*

PARÁGRAFO 1. *Las modificaciones de las plantas a las cuales se refiere este artículo deben realizarse dentro de claros criterios de razonabilidad, proporcionalidad y prevalencia del interés general.*

Cuando se reforme total o parcialmente la planta de empleos de una entidad, no tendrá la calidad de nuevo nombramiento la incorporación que se efectúe en cargos iguales o equivalentes a los suprimidos a quienes los venían ejerciendo en calidad de provisionales.

ARTÍCULO 2.2.12.3. *Los estudios que soporten las modificaciones de las plantas de empleos deberán basarse en metodologías de diseño organizacional y ocupacional que contemplen, como mínimo, los siguientes aspectos:*

- 1. Análisis de los procesos técnico-misionales y de apoyo.*
- 2. Evaluación de la prestación de los servicios.*
- 3. Evaluación de las funciones, los perfiles y las cargas de trabajo de los empleos.*

Así pues, no le es dado al juez de este proceso, en una etapa temprana del mismo, aventurarse a calificar la legalidad del estudio técnico y por ende de los actos administrativos sometidos a su escrutinio, pues ciertamente, son varios los cargos planteados por la parte demandante, todos ellos con componentes técnicos que no pueden ser dilucidados a partir de un examen

⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

preliminar realizado a la prueba documental hasta ahora recaudada. Se requiere escudriñar más allá mediante una confrontación con los demás elementos de convicción que se aporten al proceso, a fin de establecer si las decisiones reprochadas carecen de sustento o reposan sobre bases legal y fácticamente insostenibles.

Lo anterior también se predica en relación con los derechos de carrera que invocan los demandantes. Sobre este aspecto tendrá que ahondarse durante el trámite del proceso en orden a determinar si realmente era viable la reubicación de estas personas en un cargo igual o equivalente al que ocupaban antes de la supresión de su empleo o si, definitivamente, se debía acudir a la indemnización de que trata el artículo 44 de la Ley 909 de 2004⁷, a cuyo tenor literal:

Artículo 44. *Los empleados públicos de carrera administrativa, que como consecuencia de la liquidación, reestructuración, supresión o fusión de entidades, organismos o dependencias, o del traslado de funciones de una entidad a otra, o por modificación de planta de personal, se les supriman los cargos de los cuales sean titulares, tendrán derecho preferencial a ser incorporados en empleo igual o equivalente de la nueva planta de personal, y de no ser posible podrán optar por ser reincorporados a empleos iguales o equivalentes o a recibir indemnización. El Gobierno Nacional reglamentará el proceso de reincorporación y el reconocimiento de la indemnización.*
[...]

Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2.2.11.2.1. del Decreto 1083 de 2015; y con el artículo 2.2.11.2.5 de la misma norma, que establece lo siguiente: *“El pago de la indemnización estará a cargo de la entidad que retira al empleado y deberá cancelarse en efectivo dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de liquidación de la misma. En caso de mora en el pago se causarán intereses a favor del ex empleado a la tasa variable de los depósitos a término fijo (DTF) que señale el Banco de la República, a partir de la fecha del acto de liquidación. [...].”*

Y en relación con la estabilidad laboral reforzada que alegan en su favor de los demandantes, deberá atenderse a los resultados de la confrontación probatoria que se surta en el curso de proceso en aras de establecer si en cada caso cumple rigurosamente con las calidades que se invocan, atendiendo a las definiciones que de cada una de ellas trae el Decreto 1083 de 2015, a saber:

Artículo 2.2.12.1.1.1 *Para los efectos de la protección especial en caso de supresión del empleo como consecuencia de una reforma de planta de personal, se entiende por:*
1. Madre o padre cabeza de familia sin alternativa económica: Entiéndase por madre o padre cabeza de familia, quien siendo soltera(o) o casada(o), tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por

⁷Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañera(o) permanente o deficiencia sustancial de los demás miembros del núcleo familiar.

2. Persona con limitación física, mental, visual o auditiva: Aquella que por tener comprometida de manera irreversible la función de un órgano, tiene igualmente afectada su actividad y se encuentra en desventaja en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural. De conformidad con la valoración médica de que se trata más adelante, se considera:

a) Limitación auditiva: A partir de la pérdida bilateral auditiva moderada / severa, esto es, cuando la persona sólo escucha sonidos a partir de 51 decibeles, con amplificación, lo cual genera dificultades en situaciones que requieren comunicación verbal especialmente en grupos grandes; puede o no haber originado demoras en el desarrollo del lenguaje hablado que reduce la inteligibilidad de su habla si no hay intervención y amplificación;

b) Limitación visual: A partir de la pérdida bilateral visual desde un rango del 20/60 hasta la no percepción visual junto con un compromiso de la vía óptica que produce alteraciones del campo visual desde el 10 grado del punto de fijación. Los estados ópticos del ojo, como la miopía, la hipermetropía o el astigmatismo, por ser condiciones orgánicas reversibles mediante el uso de anteojos, lentes de contacto o cirugía, no se predicen como limitaciones;

c) Limitación física o mental: Quien sea calificado con una pérdida de capacidad laboral en un rango entre el veinticinco (25) por ciento y el cincuenta (50) por ciento, teniendo en cuenta los factores de deficiencia, discapacidad y minusvalía.

3. Servidor próximo a pensionarse: Aquel al cual le faltan tres (3) años o menos, para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o de vejez, al momento de la supresión del empleo.

Frente a quienes acrediten una o varias de dichas condiciones, se dará aplicación al siguiente precepto:

Artículo 2.2.12.1.2.1 *No podrán ser retirados del servicio las madres o padres cabezas de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan la totalidad de los requisitos de edad y tiempo de servicio para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez, en el término de tres (3) años, según las definiciones establecidas en el artículo 2.2.11.3.1.1, (sic) debe entenderse que la referencia correcta es el artículo 2.2.12.1.1.1 del presente decreto.*

Así mismo, se deberá establecer si se llevó a cabo en debida forma el trámite para hacer efectiva la estabilidad laboral de conformidad con las reglas consignadas en el artículo 2.2.12.1.2.2. *ibidem*, o sí, por el contrario, la entidad territorial desconoció de manera injustificada y arbitraria la condición de especial protección que el trabajador ostentaba y de la cual era plenamente conocedora el área de talento humano o quien hiciere sus veces al interior de la misma.

3.3. Del perjuicio irremediable que invocan los demandantes como justificación y soporte de la medida de suspensión provisional.

Al respecto conviene precisar que, la suspensión provisional de los efectos de un acto

administrativo implica el desconocimiento, ab initio, de su presunción de legalidad; para determinar tal ilegalidad, debe adelantarse un análisis del acto demandado y confrontarlo con las normas superiores invocadas como violadas y con las demás pruebas allegadas con la solicitud.

Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos. Ello, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA.

Así las cosas, el restablecimiento del derecho de manera provisional debe ser consecuencia de la suspensión previa de los efectos del acto administrativo, pues esto es presupuesto de aquello; vale decir, no se puede ordenar que los demandantes conserven el statu quo laboral si, como ya se dijo, la ilegalidad de los actos administrativos que ordenaron la supresión de los cargos debe someterse a un examen probatorio más amplio y a un riguroso debate inter partes.

Ahora bien, se plantea la existencia de un perjuicio irremediable por vulneración del derecho al mínimo vital del demandante ante la inminente pérdida de su empleo; sin embargo, aunque la protección de un derecho fundamental no escapa al conocimiento del juez ordinario en el marco de un proceso de igual naturaleza – pues aun en este escenario también se debe ser garante de la Constitución – lo cierto es que para avanzar con una orden en el sentido planteado por los actores no debe existir duda sobre las condiciones especiales que alegan (madre o padre cabeza de familia **sin alternativa económica**; Persona con una limitación física, mental, visual o auditiva, como consecuencia de la cual se encuentre en **desventaja** en sus interacciones con el entorno laboral, social y cultural; Servidor próximo a pensionarse, etc). Aunque la pérdida de un empleo supone la afectación del ingreso personal y familiar, no siempre esa afectación tiene una causa ilegal o injustificada que acarree la responsabilidad del empleador. Precisamente, de la legalidad o ilegalidad de esa causa es de lo que se trata este proceso, y mientras ello no esté debidamente dilucidado, no es dado ordenar el restablecimiento provisional del derecho como tampoco la protección supra legal de quienes aducen una calidad que tampoco está íntegramente acreditada.

Así las cosas, le asiste razón al a quo para afirmar que no están dadas las condiciones para acceder a la medida provisional deprecada en la demanda y que por tanto, resulta necesario avanzar en el proceso y agotar la etapa probatoria respectiva en orden a establecer, sin lugar a hesitación, la ilegalidad de los actos administrativos enjuiciados y la forma en que debe darse el restablecimiento del derecho.

Por lo expuesto, dado que la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos cuya nulidad se deprecia no cumple con los requisitos de que trata el artículo 229 del CPACA, se procederá a confirmar el auto objeto del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión,

III. Resuelve

1. Se confirma el auto del 25 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

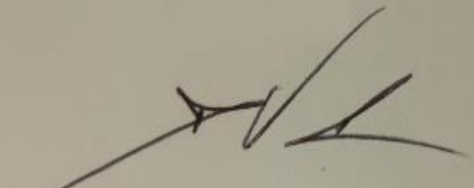
2. Una vez ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Notifíquese y Cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 213

Radicado	17-001-33-39-007-2021-00283-02
Clase	Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante	Luzmila Ruiz Vargas
Accionados	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por falta de corrección.

I. Antecedentes

Mediante auto del 19 de enero de 2022 se le concedió a la parte actora un término de diez (10) días para que corrigiera la demanda que, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento de Derecho, interpuso en contra de la Nación Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el siguiente aspecto:

“1. En los términos del artículo 74 del Código General del Proceso deberá acreditar la presentación personal del poder o, en su defecto, el mensaje de datos con el cual se manifestó esa voluntad inequívoca de quien entrega el mandato, tal y como lo dispone el Decreto 806 de 2020.”

A través de auto del 29 de septiembre de 2022, se rechazó la demanda por falta de corrección, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 169 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la referida providencia aduciendo para el efecto lo siguiente:

“[...] la parte actora contando con los términos de ley realizó la debida corrección, aportándola oportunamente el día 27 de enero de 2022 al correo electrónico designado por el despacho. Es por esto que la corrección contaba con lo requerido en el auto, es decir contenía nuevo poder con manifestación expresa del poderdante en este caso la señora LUZMILA RUIZ VARGAS, conferido mediante mensaje de datos. Con base a lo anterior y teniendo en cuenta la justificación de una manera clara, contundente y precisa que los fundamentos en los que se basó el a-quo para declarar rechazo de demanda

por no corrección, solicito a los Honorables Magistrados revocar el auto que fue notificado por estado el 30 de Septiembre de 2022, en donde se rechaza la demanda y en consecuencia se le permita a mi mandante acceder a la justicia contenciosa a que dirima el conflicto que se ha generado, es decir, si posee o no derecho al reconocimiento de la Pensión de Jubilación bajo los términos de la ley 33 de 1985 de conformidad con lo expuesto.”

II. Consideraciones de la Sala

Tal y como se dijo en precedencia, la juez de primera instancia le ordenó a la parte demandante que aportara el poder de conformidad con el artículo 74 del Código General del Proceso o, en su defecto, cumpliendo con lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020, normas que en lo pertinente disponen:

Artículo 74. *Los poderes generales para toda clase de procesos solo podrán conferirse por escritura pública. El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.*

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario.

Las sustituciones de poder se presumen auténticas.

Los poderes podrán extenderse en el exterior, ante cónsul colombiano o el funcionario que la ley local autorice para ello; en ese último caso, su autenticación se hará en la forma establecida en el artículo 251.

Cuando quien otorga el poder fuere una sociedad, si el cónsul que lo autentica o ante quien se otorga hace constar que tuvo a la vista las pruebas de la existencia de aquella y que quien lo confiere es su representante, se tendrán por establecidas estas circunstancias. De la misma manera se procederá cuando quien confiera el poder sea apoderado de una persona.

Se podrá conferir poder especial por mensaje de datos con firma digital. Los poderes podrán ser aceptados expresamente o por su ejercicio.

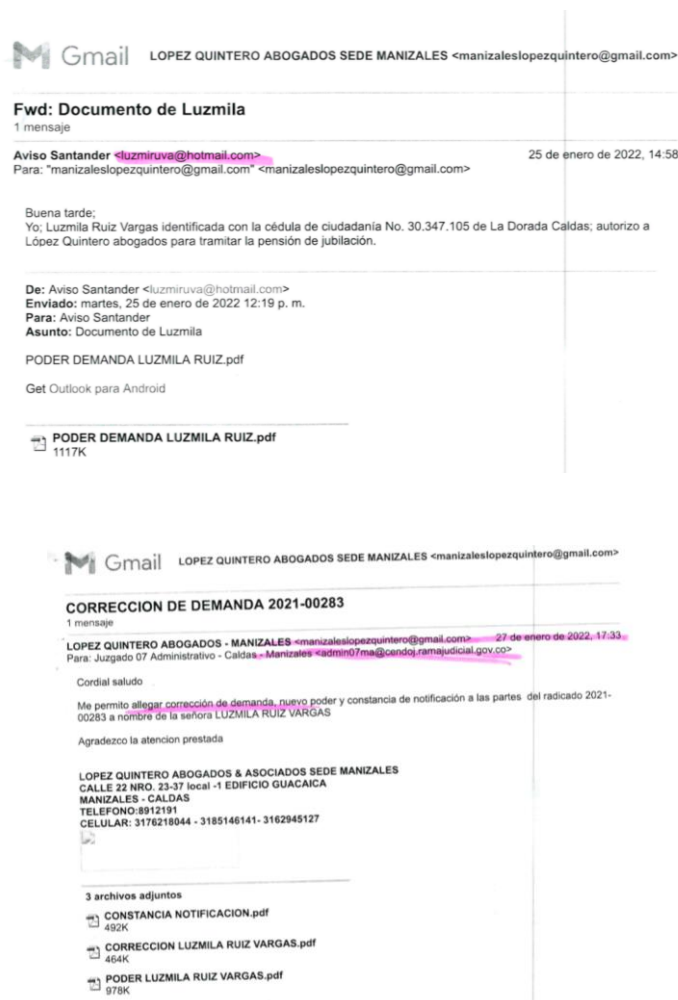
Entre tanto, el artículo 5° del Decreto 806 de 2020, vigente para la época en que se ordenó la corrección de la demanda, disponía:

Artículo 5. *Los poderes especiales para cualquier actuación judicial se podrán **conferir** mediante **mensaje de datos**, sin firma manuscrita o digital, con la sola antefirma, se presumirán auténticos y no requerirán de ninguna presentación personal o reconocimiento. En el poder se indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.*

Los poderes otorgados por personas inscritas en el registro mercantil, deberán ser remitidos desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.

El a quo aplicó la consecuencia procesal consagrada en el artículo 169 del CPACA, cual es el rechazo de la demanda cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido dentro de la oportunidad legalmente establecida.

La parte demandante afirma que, dentro del término conferido, remitió al correo del Juzgado Séptimo Administrativo el poder otorgado mediante correo electrónico personal de la docente, esto es, luzmiruva@hotmail.com y para acreditar lo anterior, aporta el mensaje de datos y la constancia de envío al despacho:



Como puede verse, la parte demandante confirió poder mediante mensaje de datos a la firma *López Quintero Abogados & Asociados* el día 25 de enero de 2022 y de ello fue informado oportunamente el juzgado de conocimiento el día 27 del mismo mes y año, lo cual permite concluir que la orden de corrección fue debidamente observada en este caso y por lo mismo, no hay lugar al rechazo de la demanda.

Resulta pertinente anotar que, el poder otorgado mediante mensaje de datos no requiere ser enviado a través de un canal digital o medio electrónico asociado a quien expresa su voluntad de constituir el mandato, salvo que se trate de persona inscrita en el registro mercantil, caso en el cual el poder debe ser remitido desde la dirección de correo electrónico inscrita para recibir notificaciones judiciales.

El Consejo de Estado¹, a tono con lo preceptuado en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020, ha indicado que el poder especial, conferido mediante mensaje de datos, no requiere firma manuscrita o digital, basta con la antefirma; se presumirá auténtico y no requiere de ninguna

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Consejera ponente: Rocío Araújo Oñate (E) Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil veintiuno (2021) Radicación número: 70001-23-33-000-2021-00095-01(AC)

presentación personal o reconocimiento. Eso sí, el poder indicará expresamente la dirección de correo electrónico del apoderado que deberá coincidir con la inscrita en el Registro Nacional de Abogados.

En el sub examine, el poder otorgado por la demandante, aunque de manera escueta, identifica el asunto para el cual se confiere; allí también se observa el correo electrónico de la firma de abogados que asume el mandato, razón por la cual, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, se revocará el auto apelado y se ordenará al a quo que proceda a resolver sobre la admisión de la demanda.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala de Decisión,

III. Resuelve

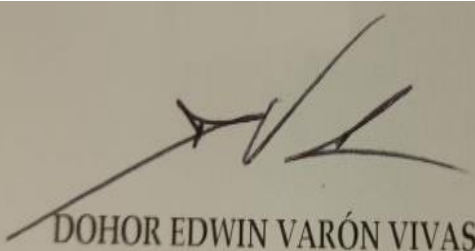
1. **Se revoca** el auto proferido el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por falta de corrección.
2. **Se ordena** al a quo que proceda a resolver sobre la admisión de la demanda.
- 3.- **Háganse** las anotaciones en el sistema informático Justicia XXI y una vez ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fernando', with a stylized flourish at the end.

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda Oral de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 212

Radicado	17-001-33-39-007-2022-00006-02
Clase	Nulidad y restablecimiento del derecho
Accionante	Luz Janeth Castaño Fonseca
Accionados	Municipio de La Dorada

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad del medio de control y por falta de corrección.

I. Antecedentes

Mediante auto del 20 de octubre de 2022, el a quo resolvió rechazar la demanda con fundamento en lo siguiente:

- ❖ Determinó que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho fue presentada por fuera del término de caducidad previsto para dicho medio de control, comoquiera que, dentro de la actuación administrativa sub iudice, fueron expedidos por el municipio de La Dorada Caldas varios actos administrativos, a saber: i) Decreto Municipal N° 0147 del 20 de agosto de 2021 “Por medio del cual se determina la estructura orgánica de la administración central del municipio de La Dorada - Caldas, las funciones generales de sus dependencias y se dictan otras disposiciones”, ii) Decreto Municipal N° 148 del 20 de agosto de 2021 “Por medio del cual se establece la planta global de empleos de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”; iii) Decreto N° 150 del 20 de agosto de 2021 “por medio del cual se hacen unas incorporaciones a la planta de empleos de la administración municipal de la alcaldía de la Dorada” , y iv) Decreto Municipal N° 151 del 20 de agosto de 2021, “Por medio del cual se hacen unas supresiones de empleos de la planta global de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”, expedidos por el Municipio de La Dorada Caldas.

Sostuvo que, de los anteriores actos administrativos, el Decreto Municipal N° 151 del 20 de agosto de 2021 “Por medio del cual se hacen unas supresiones de empleos de la planta global de la administración municipal de la alcaldía de La Dorada”, fue el que modificó la situación jurídica de la demandante, y en orden cronológico, fue el último acto administrativo expedido. De igual forma, la actuación también se conforma con el Oficio del 25 de agosto de 2021, notificado en la misma fecha, mediante el cual se le comunica a la señora Luz Janeth Castaño Fonseca el contenido del Decreto Municipal

N° 151 del 20 de agosto de 2021, y se le indica que conforme al acto administrativo referido y ante la supresión del empleo, el retiro del servicio se efectuará a partir del 31 de agosto de 2021, en virtud de lo consagrado en el literal l) del artículo 41 de la Ley 909 de 2001.

Dado lo anterior, estimó que el término de caducidad debe contarse a partir del día siguiente a la notificación del referido oficio, esto es, desde el 26 de agosto de 2021, por lo que el término de cuatro (04) meses con el que contaba la parte demandante para acudir a la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fenecía, inicialmente, el 26 de diciembre de 2021. Pero, comoquiera que a dicha fecha esta jurisdicción de hallaba en vacancia judicial, el medio de control debió incoarse al día hábil siguiente, esto es, el día en que se reinició la actividad judicial. Todo lo anterior, con fundamento en el inciso 7° del artículo 118 del Código General del Proceso y en jurisprudencia del Consejo de Estado que para el efecto se sirve citar.

Así pues, indicó que el término de caducidad en este caso se extendió hasta el 11 de enero de 2022, día en el que se reintegraban a sus labores los juzgados administrativos teniendo en cuenta la finalización de la vacancia judicial. No obstante, revisado el expediente se encontró que la demanda se presentó el 14 de enero de 2022, cuando ya había caducado el medio de control.

De igual manera, expuso que mediante Sentencia de Tutela del 15 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado 2° Promiscuo de Familia de La Dorada, Caldas, confirmada por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales a través de Sentencia del 26 de octubre de 2021, se tutelaron transitoriamente los derechos fundamentales de la aquí demandante en el sentido de suspender los efectos de los actos administrativos sub examine mientras se acudía en demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir de la notificación del fallo. Sin embargo, aclaró que las órdenes proferidas por el Juez de Tutela en nada obstaculizan, impiden o justifican que no se adelante el control del término de caducidad establecido en las disposiciones correspondientes de la Ley 1437 de 2011, normas de orden público y de obligatorio cumplimiento, cuya competencia radica en el Juez de lo Contencioso Administrativo como el juez natural en este proceso.

- ❖ De otro lado, en la decisión de rechazo también se sostuvo por el a quo la falta de corrección de la demanda, que se había ordenado en atención a lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 74 del Código General del Proceso, a fin de que en el poder se determinara e identificara el asunto del mismo, pues el adjuntado se limitaba a indicar que se confería para presentar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, sin precisar contra qué entidad y respecto a qué actos. De igual forma, porque se requirió que el poder cumpliera con lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 y ello no fue observado por la parte actora.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el auto ya referido, al estimar que, por medio de acción de tutela, se dispuso dejar sin efectos transitoriamente los Decretos Municipales 147, 148 y 150 del 20 de agosto de 2021 y 151 del 21 de agosto de 2021, concediendo a los accionantes el término de cuatro meses para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa; término que según la actora, se cuenta a partir de la notificación del fallo proferido en primera instancia el 16 de septiembre de 2021, extendiéndose el mismo hasta el primer día hábil siguiente, vale decir, hasta el día 17 de enero de 2022 por ser el 16 de enero día domingo. Al respecto, insiste en que los términos procesales fueron ampliados en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia de los accionantes y con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica de los mismos y preservar las garantías al debido proceso constitucional y administrativo.

De otro lado, señala que según lo dice el Juzgado, la apoderada de la parte demandante, en el escrito de subsanación, allegó el poder identificando los actos demandados, pero sin dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto 806 de 2020 vigente para la fecha

de presentación de la demanda, esto es que el poder se hubiese otorgado mediante mensaje de datos allegando el soporte respectivo en el que se evidenciara la voluntad inequívoca de quien otorga el mandato, o en su defecto acreditando la presentación personal del poder en los términos del artículo 74 del Código General del Proceso. Y que al no haberse subsanado en debida forma, era procedente entonces rechazar la demanda con fundamento en el numeral 2° del artículo 169 del C.P.A.C.A.

Considera la parte demandante que no es necesario realizar ningún otro trámite de carácter especial para manifestar a voluntad inequívoca de conferir un mandato o poder especial para la instauración de la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho que nos ocupa, más que la antefirma del accionante, la cual contiene el poder que se allegó en el escrito de subsanación de la demanda. Advierte que el auto que rechazó la demanda nunca hizo mención a que se debía acreditar el envío del poder por parte del accionante por mensaje de datos; luego, estima que el poder conferido y firmado por el accionante, expresando inequívocamente para qué se otorga y con qué finalidad, es suficiente para entender cumplidos los requisitos contenidos en el artículo 5 del Decreto 806 de 2020.

II. Consideraciones de la Sala

1. De la caducidad del medio de control.

Ciertamente, el término de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está contemplado en el literal d) del numeral 2° del artículo 164 del C.P.A.C.A., a cuyo tenor literal:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

i) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales (...).”

Le asiste razón al a quo cuando afirma que, en el presente caso, el oficio del 25 de agosto de 2021, mediante el cual se le comunica a la señora Luz Janeth Castaño Fonseca el contenido del Decreto Municipal N° 151 del 20 de agosto de 2021, se notificó el 25 de agosto de 2021, razón por la cual, el término de caducidad debe contarse a partir del día siguiente, esto es, desde el 26 de agosto de 2021, por lo que el término de cuatro meses con el que contaba la parte demandante para acudir a la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fenecía, inicialmente, el 26 de diciembre de 2021.

También le asiste razón al a quo para considerar que la orden de suspensión provisional de los actos enjuiciados que por vía de tutela se realizó en este caso, no incide en el término de caducidad del medio de control propiamente dicho.

En efecto, el artículo 8 del Decreto 2591 de 1991, establece lo siguiente:

“Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. /rft/

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

La aquí demandante, señora Luz Janeth Castaño Fonseca, no aparece como accionante dentro del trámite de tutela adelantado ante el Juzgado Promiscuo de Familia que culminó con fallo del 15 de septiembre de 2021, modificado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales – Sala Civil Familia, que concedió de manera transitoria el amparo allí deprecado. No obstante, dado el efecto *inter comunis* que se le otorgó al citado fallo de tutela, se entiende que aquella también se encuentra cobijada por la protección provisional ya referida.

Así pues, la protección transitoria por vía de tutela queda condicionada a que se acuda en demanda por la vía ordinaria dentro de un plazo máximo de cuatro meses contados a partir del fallo. Este plazo, no obstante, es un marco de referencia dentro del cual debe ejercerse el medio de control ordinario con el lleno de requisitos legales del mismo, entre ellos, la observancia del término de caducidad. Con el mismo no se busca modificar o extender un requisito legal sino advertir sobre el límite temporal dentro del cual se debe promover el medio de control respectivo, el cual, obviamente, no puede estar caducado pues de ser ello así, pierde todo sentido la protección transitoria prodigada.

El amparo transitorio no tiene un propósito diferente al de brindar a la persona una protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta reconoce y evitar un daño irreparable, ello, mientras se acude en demanda dentro del término de caducidad correspondiente, pues se itera, su objeto no es el de implantar una excepción frente a las reglas previstas para ejercer los medios de control por la vía ordinaria.

Lo acabado de decir tiene relevancia siempre que el pleiteante por activa haya acudido al mecanismo constitucional de tutela como mecanismo transitorio y, el fallo haya amparado de manera transitoria los derechos fundamentales deprecados en el escrito demandatorio del amparo.

Así las cosas, como en este caso los cuatro meses de caducidad se cumplieron el 26 de diciembre de 2021, pero a dicha fecha los Juzgados Administrativos se encontraban en vacancia judicial, la demanda debió presentarse al día hábil siguiente, esto es, el 11 de enero de 2022 cuando se reiniciaron labores por parte de los mismos, siendo claro que para el 14 de enero de 2022 cuando se radicó la demanda, ya había expirado el término conferido en la ley para promover el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Tal aserto encuentra asidero en el inciso 7° del artículo 118 del Código General del Proceso que indica:

“(…) Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente. (…)”

Ha indicado el Consejo de Estado¹ de forma pacífica que:

“(…) la Sala reitera que los días de vacancia judicial, o aquellos en los que el Despacho deba permanecer cerrado, por cualquier causa, no suspenden el término de caducidad, de suerte que, si el mismo se vence en este tiempo, el medio de control debe interponerse al día hábil siguiente (…).”

*En tal sentido, dado que para la fecha en la que fenecía el término para interponer la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho el Despacho se encontraba en vacancia judicial, **el término de caducidad se entendía ampliado hasta el 11 de enero de 2022, día en el que se reintegraban a sus labores los juzgados administrativos teniendo en cuenta la finalización de la vacancia judicial.***

***Revisado el expediente observa esta Funcionaria Judicial que la demanda se presentó el 14 de enero de 2022, por lo que habrá de declararse la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la acción presentada.** /rft/*

Por otra parte, si se contabiliza el plazo desde el día siguiente a la fecha en que se ejecutó la decisión (31 de agosto de 2021), la conclusión sería la misma, esto es, la configuración de la caducidad del medio de control, puesto que en tal caso los 4 meses se cumplieron el 1 de enero de 2022 y por lo tanto, como ya se explicó, la demanda debió presentarse el 11 de enero de dicha calenda.

Lo anterior basta para confirmar el rechazo de la demanda por caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho; declaratoria le pone fin al trámite en esta instancia, no siendo por tanto procedente un pronunciamiento o consideración adicional.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas, en Sala de Decisión,

III. Resuelve

1.- Se confirma el auto proferido el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se rechazó la demanda por caducidad del medio de control.

2.- Háganse las anotaciones en el sistema informático Justicia XXI y una vez ejecutoriado el presente auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen,

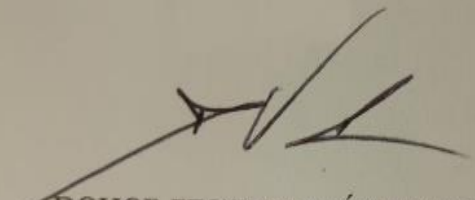
¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017). Consejera Ponente: María Elizabeth García González. REF: Expediente núm. 05001-23-33-000-2016-00274-01.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 211

Radicación	17001-33-39-009-2022-00036-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Colpensiones
Accionado	María Yolanda Olarte de Echeverry

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandante contra el auto del 19 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

Es competente esta Sala de Decisión para conocer del presente asunto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 125, numeral 2, literal h del CPACA, modificado por el artículo 20 de la Ley 2080 de 2021.

II. Antecedentes

A través del ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la parte actora pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en las Resoluciones No. 023 y 1019 de 2003, por medio de los cuales se reconoció una pensión de vejez a favor de la señora María Yolanda Olarte Echeverry. Como consecuencia de lo anterior y, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene el reintegro a favor de COLPENSIONES, las sumas de dinero recibidas por concepto de mesadas, retroactivo, aportes a salud y/o fondo de solidaridad pensional recibidos de forma irregular con ocasión del reconocimiento pensional.

En escrito aparte se solicitó suspensión provisional de los actos demandados, argumentando que se logró comprobar que para el momento en que se expidió la Resolución Nro. 23 de 2003, por medio de la cual el Instituto de Seguro Social reconoció pensión de vejez a favor de la señora María Yolanda Olarte Echeverry, ésta no cumplía con el número de semanas

cotizadas, al igual que para el momento de la expedición de la Resolución 1019 del 22 de abril de 2003, que la modificó. Con sustento en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 y el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, sostuvo que, para la fecha de efectividad de la prestación -25 de diciembre de 2002-, la señora Olarte Echeverry contaba con 989 semanas entre tiempos públicos y privados.

Auto apelado.

Mediante auto interlocutorio No. 112 del 19 de octubre de 2022, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales negó la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos en cuestión.

Como fundamento de la decisión se sostuvo lo siguiente:

“Ahora, en el escrito de medida cautelar, la parte actora asegura que la demandada María Yolanda Olarte Echeverry no acredita los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de vejez, pues se verifica que no cumple con el número de semanas exigidas para ello.

Al respecto, destaca el Juzgado que, si bien es cierto, en el concepto de violación de la demanda, se hace referencia al resultado de una investigación administrativa adelantada por Colpensiones, dentro de los documentos aportados con la demanda, solo se allegó copia de las Resoluciones APSUB 1726 del 24 de junio de 2021; SUB 188550 del 11 de agosto de 2021; SUB 275470 del 20 de octubre de 2021 y No. 2020_3671809 sin fecha, respectivamente, documentos que en esta etapa inicial del proceso resultan insuficientes para resolver sobre la medida cautelar.

Conforme con lo anterior, esta judicatura considera que, de la confrontación del acto demandado con las normas superiores invocadas en la demanda, para este momento procesal, no existe certeza respecto a que se presente violación de las mismas. Ello, si se tiene en cuenta, que con la demanda se aportaron certificados laborales que dan cuenta de la prestación del servicio por parte de la señora Olarte Echeverry durante los tiempos que asegura Colpensiones, no fueron laborados por la demandada.

Lo expuesto hasta el momento, es razón suficiente para negar el decreto de la suspensión de los actos demandados, ya que es necesario adelantar el debate probatorio garantizándole a las partes el debido proceso y el derecho de contradicción a fin de que se logre determinar si le asiste razón o no a la entidad demandante, pues para este momento no resulta evidente la vulneración de normas alegada por Colpensiones. Dicho análisis constituye el fondo del asunto a resolver dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que ello se pueda hacer en este momento, más aún, si se tiene en cuenta que el presente asunto puede involucrar el mínimo vital de la demandada.”

Recurso de apelación.

La parte demandante insiste en la necesidad de suspender los efectos de los actos administrativos cuya nulidad deprecia, toda vez que con los mismos se reconoció a la señora

Olarte Echeverri una pensión sin las semanas mínimas requeridas para acceder al derecho prestacional, tratándose entonces que actos lesivos para los intereses de la Administradora Colombiana de Pensiones.

II. Consideraciones de la Sala

El artículo 238 Constitucional prevé la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos susceptibles de impugnación judicial, *“por los motivos y con los requisitos que establezca la ley”*.

A su vez, los artículos 229, 230 y 232 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, regulan el tema así:

*“Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar, una o varias de las siguientes medidas:
[...]*

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El artículo 231 Ibidem, dispone:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.* /Resalta el Despacho/

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.*
- 2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.*
- 3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.*
- 4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:*
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o*
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.*

¹ En adelante C.P.A.C.A.

El Consejo de Estado ha señalado en forma reiterada y constante el carácter excepcional de la **medida cautelar** de la Suspensión Provisional, que implica, nada menos, el desconocimiento “*ab initio*” de la presunción de legalidad del acto de la administración, con la consiguiente suspensión de sus efectos inmediatos y la postergación de su ejecución.

La suspensión provisional se determina como una medida cautelar de carácter material que suspende el acto administrativo con la finalidad de proteger el ordenamiento jurídico, hasta tanto se determine la constitucionalidad o legalidad del acto estudiado.

Con el nuevo estatuto de lo Contencioso Administrativo cambiaron las exigencias que traía el artículo 152 del C.C.A para la procedencia de dicha medida. Es así como, el Consejo de Estado, en providencia del 12 de diciembre de 2012², advierte dichos cambios:

*“De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia **sine qua non** que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud.*

*Entonces (sic) ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la trasgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura (sic) de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud”*⁶(negrillas del original).

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.”

Al respecto cabe resaltar que la nueva normativa presenta una variación significativa en la regulación de esta figura, por cuanto la norma obliga al juez administrativo para realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

“Finalmente, el Despacho considera importante destacar que pese a que la nueva regulación le permite al Juez realizar un análisis de la sustentación de la medida y estudiar las pruebas pertinentes, la decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento, lo que obliga al Juzgador a ser en extremo cauteloso al momento de resolver la solicitud de suspensión provisional”

Posición que encuentra respaldo en providencia del Consejo de Estado del 11 de mayo de 2015³.

“El artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como requisitos para que proceda la suspensión provisional de los actos administrativos los siguientes:

² Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, sección Primera, auto de 3 de diciembre de 2012, Exp. 11001-03-24-000-2009-00290-00; C.P Guillermo Vargas Ayala.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección Providencia del 11 de mayo de 2015; Exp. 11001-03-26-000-2014-00143-00 (52.149); C.P Olga Melina Valle de la Hoz.

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

En ese estado de cosas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece una variación significativa en relación con aquella que contenía el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, en lo referente a la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

En primer lugar, en la actualidad –CPACA-, para la procedencia de la medida cautelar, la confrontación se hace respecto de las normas invocadas en la demanda o en la solicitud de suspensión, pues por su parte el C.C.A. establecía que la confrontación se hacía únicamente respecto de las normas invocadas en la petición de la medida cautelar. Así, el cambio de legislación le otorgó al Juez un campo de acción más amplio, en la medida que podrá hacer la confrontación no sólo con las normas invocadas en la solicitud, sino con las que se señalen en el libelo demandatorio”. **(Subrayas de la Sala).**

Al constatarse que la demanda se presentó en vigencia del CPACA, no está sujeto el análisis a que la contradicción entre las normas invocadas como infringidas sea ostensible o manifiesta, sino que se confronta el acto demandado con las normas que se señalan como violadas, tanto en la solicitud de suspensión como en la demanda, en concordancia con las pruebas allegadas a la actuación.

♦ **Caso Concreto.**

La medida provisional está dirigida a obtener la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales se reconoció la pensión de vejez a la señora María Yolanda Olarte Echeverri, pues según dice Colpensiones, la susodicha no acredita el tiempo de servicios mínimo para acceder a dicha prestación vitalicia; explica que, computando los tiempos laborados en el sector privado con los del sector público, alcanza a reunir tan solo 989 semanas, pues el periodo comprendido entre el 23 de mayo de 1991 y el 16 de julio de 1991, de conformidad con la Certificación Electrónica de tiempos laborados CETIL Nro. 202106890801053000330003, no aparece certificado por el municipio de Manizales; por otro lado, respecto de los tiempos laborados en Cajanal del 15/07/1977 al 14/10/1977, se estableció que ello tuvo lugar bajo la modalidad de prestación de servicios, sin vínculo laboral ni aportes para pensión; agrega que para el ciclo 200201 se evidencia que la demandada realizó pago por un valor inferior al correspondiente de acuerdo con las tarifas establecidas al grupo poblacional que le fue asignado en su momento por Fiduagraria, lo que afecta la contabilización de días.

Ahora bien, de los actos administrativos enjuiciados se puede colegir que el ISS – Hoy Colpensiones, le reconoció en su momento una pensión de vejez a la aquí demandada con base en tiempos de servicios prestados al municipio de Manizales, Hospital de Caldas

E.S.E., Caja Nacional de Previsión Social, Empocaldas E.S.P. e Instituto de los Seguros Sociales, que sumados totalizaban 1008 semanas. /Archivo 003, folios 63 y 64/

Revisado el material probatorio que obra en el expediente se observa la existencia de certificados laborales que dan cuenta de la prestación del servicio por parte de la señora Olarte Echeverry durante los tiempos que asegura Colpensiones, no fueron laborados por la demandada. Incluso se encuentran certificados laborales de otras entidades tales como el Hospital Infantil Universitario, Registraduría Nacional del Estado Civil y Juzgados Penales Municipales. /Archivo 003/

Así las cosas, no se tiene en una etapa tan temprana del proceso los elementos de juicio necesarios para desvirtuar la legalidad de los actos acusados y es por ello que se requiere avanzar con el trámite y desplegar el debate probatorio pertinente en torno a la historia laboral de la trabajadora, los certificados de tiempo de servicios, la cotizaciones efectuadas al sistema pensional y demás aspectos de orden fáctico y jurídico que le permitan a este juez colegiado arribar a conclusiones fiables para resolver de fondo sobre las pretensiones de la parte demandante.

Luego, tal y como lo dijo el a quo en su momento, no se encuentra cumplido el presupuesto para la procedencia de la suspensión provisional de los actos acusados, cual es la constatación conforme a lo hasta ahora aportado con la demanda, de una trasgresión de las disposiciones que establecen el requisito de tiempo de servicio mínimo para acceder a una pensión de vejez por aportes, vale decir, la Ley 71 de 1988 y demás normas concordantes.

Por lo anterior y sin necesidad de consideraciones adicionales, se procederá a confirmar el auto del 19 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión,

III. Resuelve

Primero: Se confirma el auto del 19 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia.

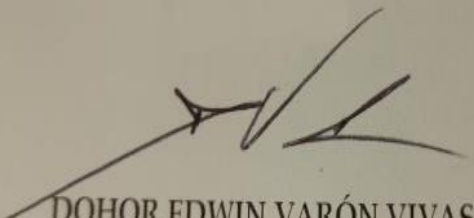
Segundo: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 166

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-004-2022-00148-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Natalia Ramírez Loaiza
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG).
Departamento de Caldas

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto administrativo NOM-542 del 22 de septiembre de 2021, expedido por la Profesional Universitaria de Nómina del departamento de Caldas y en consecuencia se condene a las accionadas a: i) que se le reconozca y pague 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, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021; y ii) que se le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías de 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la entidad territorial y el Ministerio de Educación no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni las cesantías que corresponde a su labor como servidor público de 2020, ante la Previsora o el Fomag, como cuenta especial de la Nación y ambos términos fueron rebasados.

Que solicitó a la entidad nominadora el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses, petición resuelta de manera negativa

mediante el acto administrativo demandado.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Invocó como normas vulneradas los artículos 13 y 53 de la Constitución; 5 y 15 de la Ley 91 de 1989; 99 de la Ley 50 de 1990; 57 de la Ley 1955 de 2019; 1° de la Ley 52 de 1975; 13 de la Ley 344 de 1996; 5° de la Ley 432 de 1998; 3° del Decreto 1176 de 1991; 1 y 2 del Decreto 582 de 1998.

Sostuvo que, con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la Ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 31 de enero de la anualidad siguientes 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, y, por supuesto, del reconocimiento de las mismas cuando el empleado público docente las requiera, al igual que el resto de empleados públicos del Estado.

Que la demandante por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. La Nación – Ministerio de Educación

Se opuso a las pretensiones de la demandante para lo cual señaló que, la aplicabilidad de la Ley 50 de 1999, es completamente imposible, puesto que es incompatible con la calidad que ostenta el Fomag, ya que el mismo no ostenta ni la calidad de empleador, como para requerírsele el pago, ni la calidad de fondo privado de cesantías, como para que se le aplique la norma solicitada por el demandante conforme lo establece el Decreto 3752 de 2003.

Que al encontrarse que año a año se hace un descuento de las cesantías desde el presupuesto general de la Nación y de los fondos especificados por la Ley, no puede predicarse que no se consignen las cesantías a tiempo. A la larga, ¿Cómo va a saber el docente que sus cesantías no fueron consignadas? Si no posee una cuenta individual dentro del Fomag? Que todo esto demuestra una imposibilidad operativa dentro de la demanda, donde no es posible demostrar el hecho generador de la sanción que vendría siendo la consignación extemporánea de las cesantías.

En relación con los intereses a las cesantías señaló que, los docentes los reciben en alguna de las fechas estipuladas por Acuerdo interno del Fondo, y aprobado por la ley. Que de acuerdo el certificado allegado con la contestación de la demanda, se puede dar fe que al docente se les pagaron los intereses a las cesantías.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Prescripción”, “Caducidad”, “Procedencia de la condena en costas en contra de la parte demandante”*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional, el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses sobre estas. El régimen excepcional docente el Decreto 1582 de 1998 en su artículo 1 estableció que el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990 sería aplicable a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la Ley 91 de 1989 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 misma ley 50 de 1990.

Que el Departamento cumplió con todos los presupuestos normativos establecidos sin incidir su actuar en un eventual retardo del pago, por tanto, su conducta no es imputable como causación de la mora por el pago.

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.

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

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró no prospera la excepción de caducidad propuesta por la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y probada la excepción de *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”*, propuesta por las entidades demandadas y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, el régimen de las cesantías e intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, es el contenido en la Ley 91 de 1981 y está reglamentado por el Acuerdo 039 de 1998 expedido por la Nación – Ministerio de Educación- Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, régimen que resulta incompatible con las regulaciones contenidas en el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

4. Recurso de apelación

La parte demandante solicitó revocar la sentencia y en su lugar acceder a sus pretensiones, para ello señaló que, el Consejo de Estado, en sentencia de 03 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fomag, no importa si no existe una cuenta individual a nombre del docente, lo importante es su consignación, para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además de recalcar que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado, explica 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 ya ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; que la jurisprudencia Constitucional y de lo Contencioso administrativo está direccionados a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva, conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías señaló que, el régimen especial del docente no es más favorable, que el régimen general, pues a los docentes 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.

Que los docentes pertenezcan a un *“régimen especial”*, no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales, se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fomag, razón que conlleva a un fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que, la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fomag, 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.

Aclara que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, en el asunto en concreto, se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995 y este pago se hace directamente al trabajador, son dos (2) asuntos completamente diferentes. En este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975 señaló que, sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fomag que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975, hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3º del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas, no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fomag cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU 098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación, es aplicable el plazo determinado en la norma general, es decir antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior señala que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. – *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. – *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”*.

Concluye 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 Fomag, 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.

5. Pronunciamiento de los no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación reiteró lo argumentos expuestos en su apelación y solicitó confirmar la sentencia.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿La demandante 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 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?*

2. Tesis del tribunal

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, es docente afiliada al Fomag, 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, que regulan en forma expresa y precisa 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 las cesantías y los intereses sobre ellas.

Para fundamentar lo anterior, se analizará: i) el marco jurídico que regula el auxilio de cesantías en la labor docente y la sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías ii) los hechos acreditados; para descender al iii) análisis del caso concreto.

3. Marco jurídico

3.1. Auxilio de cesantías en la labor docente

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12¹ y 17² dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariares, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses”*.

Hasta ese momento, las prestaciones sociales de los empleados públicos habían sido expedidas de manera genérica, y sin hacer una referencia expresa al personal docente; no obstante, en 1989 con la expedición de la Ley 91 se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y con él se determinó que esta entidad se encargaría del pago de prestaciones sociales reconocidas a favor de los docentes, así:

En el numeral 3º del artículo 15 de la norma citada, dispone el reconocimiento de cesantías a favor del personal docente en dos condiciones, a saber:

¹ Artículo 12. Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o prestaciones para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: f) Un mes de salario por cada año de trabajo, y proporcionalmente por las fracciones de año, en caso de despido que no sea originado por mala conducta o por incumplimiento del contrato.

² Artículo 17. Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: a) Auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. Para la liquidación de este auxilio solamente se tendrá en cuenta el tiempo de servicios prestados con posterioridad al 1o. de enero de 1942. (...).

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

(...)

3. Cesantías:

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

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

La Ley 812 de 2003³, 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 2003⁴, por el cual se reglamenta el referido artículo, señaló:

Artículo 1º. Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4º y 5º del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1º. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar.

Parágrafo 2º. Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 2º. Prestaciones sociales causadas. Se entiende por causación de prestaciones el cumplimiento de los requisitos legales que determinan su exigibilidad.

³ Por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006

⁴ “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

Las prestaciones sociales de los docentes, causadas con anterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones estarán a cargo de la respectiva entidad territorial o de la entidad de previsión social a la cual se hubieren realizado los aportes.

Las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como sus reajustes, reliquidaciones y sustituciones serán reconocidas de conformidad con lo que establezca la Ley y se pagarán por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Sin perjuicio de lo anterior, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se causen a favor de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se limitará al período de cotizaciones que haya efectivamente recibido el Fondo y al valor del pasivo actuarial que le haya sido efectivamente cancelado.

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, propiamente 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 Fomag, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

...

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

Cabe resaltar además que, el Consejo Directivo del Fomag, emitió el Acuerdo 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 que:

"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".

De acuerdo a lo anterior, las cesantías y los intereses sobre las mismas, respecto de los docentes afiliados al Fomag, tienen un régimen legal propio, que se encuentra contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 39 de 1998 en el que, se regula específicamente aspectos como, la forma y plazos para la transferencia de recursos al Fomag y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de prestaciones sociales.

3.2. Sanción moratoria por no consignación oportuna de las cesantías e Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías

La Ley 50 de 1990⁵ modificó el régimen de cesantías consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo para los trabajadores del sector privado, sometiéndolo a tres sistemas de liquidación diferentes: (i) El sistema tradicional, contemplado en los artículos 249 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se aplica a todos aquellos trabajadores vinculados antes del 1° de enero de 1991; (ii) El sistema de liquidación definitiva anual y manejo e inversión a través de los llamados Fondos de Cesantías, previsto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que se aplica exclusivamente a los trabajadores vinculados a partir del 1° de enero de 1991 y a los antiguos que se acojan al nuevo sistema; (iii) El sistema de salario integral, dispuesto en el artículo 132 del C.S.T., aplicable a trabajadores antiguos y nuevos que devenguen más de 10 salarios mínimos mensuales y pacten con su empleador el pago de un salario integral, que contenga además de la retribución ordinaria el pago periódico de

⁵ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

otros factores salariales y prestacionales, incluido el auxilio de cesantías.

En cuanto al régimen anualizado de liquidación de cesantías, el legislador previó la sanción moratoria por su no consignación oportuna antes del 15 de febrero del año siguiente, así:

“Artículo 99º.- 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 (...)**”.*

La Ley 244 de 1995⁶, equiparó a los servidores públicos con los trabajadores privados en cuanto a la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral y estableció en favor del trabajador y a título de sanción un día de salario por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar la sanción por mora en la consignación de cesantías, así:

“Artículo 1º.- Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de la liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

Parágrafo. - En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al penitenciario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar.

Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 2º.- La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

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

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

La Ley 1071 de 2006⁷ complementó lo previsto en la Ley 244, en cuanto al pago parcial de cesantías e hizo extensiva la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, y distinguió entre el término para el reconocimiento de las cesantías, así:

***Artículo 5°. Mora en el pago.** La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.*

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

El Consejo de Estado⁸ había considerado 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, pero hizo la salvedad de que ello es “sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989” lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006⁹, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque “*simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna*”.

Sin embargo, la Corte Constitucional en sentencia **SU-098 de 2018**¹⁰, estudió una acción de tutela que se promovió contra los fallos proferidos en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho entablado por un docente del servicio público educativo **-que no estaba afiliado al Fomag-**, que pretendía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantías con fundamento en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Sus pretensiones fueron negadas bajo el argumento de que los docentes tienen un régimen especial que no consagra la sanción moratoria y, además, que el precedente establecido en la Sentencia SU-336 de 2017 había resuelto extender a los docentes oficiales el reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías del régimen general de cesantías de los servidores públicos, esto es, de la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, mas no la prevista en el numeral 3º del

⁷ “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”.

⁸ 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)

⁹ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuyo régimen les resulta inaplicable.

Al resolver el asunto, la Corte Constitucional consideró que las autoridades judiciales accionadas aplicaron la interpretación más restrictiva para los derechos del docente al negar el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, pues desconocieron que, aunque la norma invocada -es decir, el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990- no está expresamente consagrada a favor de los miembros del magisterio, en virtud de los principios de interpretación conforme a la Constitución y favorabilidad en materia laboral, les correspondía aplicarla por resultar más beneficiosa para el trabajador, pues esta es la interpretación que resultaba más ajustada a la Constitución.

En consecuencia, decidió revocar la sentencia de segunda instancia que había negado el amparo deprecado y, en su lugar, confirmar la decisión adoptada en primera instancia que había amparado los derechos del accionante. Y ordenó dejar sin efecto las sentencias proferidas dentro de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho y proferir una nueva decisión *“dentro de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación de esta providencia, (...) en el que se tengan en cuenta las consideraciones de esta providencia referentes a la aplicación del principio de favorabilidad e interpretación conforme a la Constitución, en torno al derecho de los docentes al reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990”*.¹¹

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia del 20 de enero de 2022¹² en la que el demandante prestó sus servicios como docente de la planta global a partir del 5 de marzo de 1999 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Candelaria hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento del Atlántico, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien el municipio no realizó los pagos de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 1999 a 2002 y quien además, su vinculación al Fomag se dio en 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento por parte del municipio de Candelaria en su obligación de consignar las cesantías; además refirió que:

“en lo concerniente a las cesantías causadas durante los años 1999 al 2002 se deberá conminar al Municipio de Candelaria para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que, como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas en caso de que aún no lo haya efectuado”.

Como fundamento de ello señaló:

“Al respecto, es preciso aclarar que de acuerdo con el artículo 1, parágrafo 1 del Decreto Nacional 3752 de 2003 «La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan”.

En sentencia de 03 de marzo de 2022¹³, citada por la apelante, la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 26 de diciembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado

¹¹ Sentencia SU041/20

¹² 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)

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

al municipio de Sabanagrande hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2001 a 2002, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías, además refirió que:

“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».

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto Nacional 3752 de 2003, preceptuó:

Artículo 1. ...

Parágrafo 1. La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar...”. (Resaltado fuera de texto).

En sentencia del 19 de mayo de 2022¹⁴ en la que la demandante prestó sus servicios como docente a partir del 20 de noviembre de 2000 en adelante, y estuvo vinculado al municipio de Santa Lucía hasta 2003, y con posterioridad, a la Secretaría de Educación del Departamento, toda vez que dicha planta pasó a cargo de este último, y a quien no fueron realizadas las consignaciones de las cesantías anualizadas correspondientes a los años 2000 a 2003, señaló que era procedente la sanción moratoria por incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías; en igual sentido también refirió al Decreto Nacional 3752 de 2003, sobre la falta de afiliación del docente al Fomag.

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 la Ley 50 de 1990 artículo 99, 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.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Así se colige 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 estaba afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.

4. Hechos relevantes acreditados

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías¹⁵, reportando que se liquidaron por cesantías de 2020, \$2.814.276, e intereses a las cesantías por \$777.893, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 14 de septiembre de 2021 solicitó al Fomag 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 2020.¹⁶
- Mediante Oficio NOM-542 de 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

La demandante en síntesis afirma que 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 cancelados 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 Fomag, 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 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 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 referente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fomag eventualmente reciba dos tipos sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera

¹⁵ F. 21-22 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 8-10 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 57 Archivo digital: 04

simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el no pago oportuno de las Cesantías y la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

Y en cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera en cómo se liquidan los intereses de las cesantías del personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período.”* Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fomag, 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%.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019¹⁸, 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): <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*

¹⁸ 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)

*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 1989¹⁹.*

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.)

6. Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la Indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto, la demandante es docente afiliada al Fomag, 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, que regulan en forma expresa y precisa 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 las cesantías y los intereses sobre ellas. Tampoco hay lugar a aplicar las normas señaladas por la demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

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

7. Costas en esta instancia

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

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la sentencia del 14 de marzo de 2023 proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Natalia Ramírez Loaiza contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 47 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL: A Despacho del señor Magistrado el presente medio de control para su trámite, recibido por ventanilla virtual de segunda instancia.

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CARDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 272

RADICADO	17001-33-33-001-2022-00316-02
MEDIO DE CONTROL	PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE	CARLOS ARTURO HENAO GALINDO
ACCIONADO	MUNICIPIO DE MANIZALES

Revisado el expediente de primera instancia, se evidencia que la sentencia recurrida fue notificada el 30 de junio de 2023, el escrito de apelación fue presentado el día 06 de julio de 2023, encontrándose dentro del término oportuno.

Así, al encontrar este Despacho que los escritos reúnen todos y cada uno de los requisitos señalados en el artículo 37 de la ley 472 de 1998, en armonía con los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 29 de junio de 2023.

Notifíquese al señor Agente del Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo Regional Caldas y por estado electrónico a las demás partes.

Se advierte a todas las partes que el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co, toda documentación enviada a otro correo electrónico se tendrá por no presentada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO

No. 135

Fecha: 08 de agosto de 2023

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veintiocho (28) de julio de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001 23 33 000 2023 00040 00
Medio de control:	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante:	Amalia Osorio Ríos y María Agudelo Montoya
Demandado:	Municipio de Manizales - Corporación Autónoma Regional de Caldas – Corpocaldas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 472 de 1998 se procede a decretar pruebas en el presente medio de control.

I. Prueba documental

Se apreciarán por su valor legal al momento de proferir sentencia los documentos aportados con la demanda (Doc. 002 del Exp. Digital); así como los aportados con la contestación de la demanda por parte del municipio de Manizales (Doc. 018 del Exp. digital), y los aportados con contestación de la demanda por parte de Corpocaldas (Doc. 020 del Exp. digital)

II. Pruebas de la parte demandada:

- Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -

Se decreta la prueba testimonial solicitada por Corpocaldas, para lo cual se fijará fecha y hora para la comparecencia de: los señores Jhon Jairo Chisco Leguizamón Jhon Jairo García Marín y la señora Paula Andrea Ocampo Muñoz

PARA LA REALIZACIÓN DE LA AUDIENCIA DE PRUEBAS SE FIJA EL DÍA MIÉRCOLES DIECISÉIS (16) DE AGOSTO DE 2023 A PARTIR DE LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 A.M.)

Advierte este Despacho que la audiencia se realizará mediante la plataforma LifeSize, y que, en caso que requieran allegar algún memorial como sustituciones, renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos previamente **a más tardar el día anterior a la celebración de la audiencia, únicamente al correo tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co.**

De igual manera, **se allega el enlace para el ingreso a la audiencia de pruebas** que se convoca en este auto:

<https://call.lifesizecloud.com/18892569> ( dar clic)

Se recomienda a las partes, e intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Lifesize verifiquen su conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia virtual convocada.

Notifíquese

2

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: **23088f014ef3c373ac5007652af30d712728a260469e6e83d42631a7a6168fd8**

Documento generado en 31/07/2023 03:19:25 PM

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Se procede a fijar fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento de conformidad con el artículo 27 de la ley 472 de 1998; en consecuencia, se convoca a la referida diligencia el día **MARTES QUINCE (15) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (09:00 a.m.)**, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **Protección de derechos e intereses colectivos** que promovió el señor **Enrique Arbeláez Mutis** contra la **Sociedad de Activos Especiales SAE S.A.S.**, radicado número **17 001 23 33 000 2023 00085 00**.

Advierte este Despacho que dicha audiencia se realizará mediante la plataforma LifeSize, y que, en caso de requerir allegar algún memorial como sustituciones, renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos previamente **a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo tadmin02cld@notificacionesri.gov.co**

De igual manera, **se allega en esta providencia el enlace para el ingreso a la audiencia que se convoca**, el cual corresponde a la conexión mediante plataforma Lifesize:

<https://call.lifesizecloud.com/18899887>

Se recomienda a las partes, e intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Lifesize verifiquen su conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia virtual convocada.

Notifíquese

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

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

Código de verificación: **5469a24ac443dd12c69e9ad29b205f771b60709b0324a2516a771dceaac78a80**

Documento generado en 31/07/2023 03:13:22 PM

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

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, treinta (31) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Se procede a fijar fecha para la audiencia de pacto de cumplimiento de conformidad con el artículo 27 de la ley 472 de 1998; en consecuencia, se convoca a la referida diligencia el día **MARTES QUINCE (15) DE AGOSTO DE DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS DIEZ DE LA MAÑANA (10:00 a.m.)**, dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de **Protección de derechos e intereses colectivos** que promovió la señora **Yesica Tatiana Herrera Giraldo - Personera del municipio de Villamaría** contra la **Nación - Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio - Agencia Nacional de Licencias Ambientales ANLA - Municipio de Manizales – municipio de Villamaría - Corporación Autónoma Regional de Caldas CORPOCALDAS – Aguas de Manizales S.A. E.S.P.**, radicado número **17 001 23 33 000 2023 00097 00**.

Advierte este Despacho que dicha audiencia se realizará mediante la plataforma LifeSize, y que, en caso de requerir allegar algún memorial como sustituciones, renunciaciones de poderes u otros documentos para que sean tenidos en cuenta en la audiencia, se sirvan remitirlos previamente **a más tardar el día anterior a la celebración de la misma, únicamente al correo tadmin02cld@notificacionesri.gov.co**

De igual manera, **se allega en esta providencia el enlace para el ingreso a la audiencia que se convoca**, el cual corresponde a la conexión mediante plataforma Lifesize:

<https://call.lifesizecloud.com/18901567>

Se recomienda a las partes, e intervinientes que antes de ingresar a la plataforma de Lifesize verifiquen su conexión a internet, así como el correcto funcionamiento de la cámara y el micrófono del dispositivo a través del cual ingresarán a la audiencia virtual convocada.

Notifíquese

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

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

Código de verificación: **d7c0cc24830072d3a0c52e48a69418d3a7e9c8555cb61161840689d4f29f75b9**

Documento generado en 31/07/2023 03:12:40 PM

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

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17001 23 33 000 2023 00142 00
Medio de control:	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante:	Silvio Valencia Arias – “Asociación de Bienestar Social con el carisma de San Vicente de Paul un paso al progreso colectivo”
Demandado:	Nación – Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio – viceministerio de Agua y Saneamiento Básico - departamento de Caldas – municipio de Aguadas y Empresas de Aguacate en Aguadas.

De conformidad con el inciso segundo del artículo 20 de la ley 472 de 1998, se concede a la parte actora un término de tres (03) días para **corregir** la demanda de la referencia, en los siguientes aspectos:

1. Debe **individualizar y precisar** cuál es la empresa de Aguacates que se pretende demandar, pues en la demanda se indica de manera general *“empresas de aguacates presentes en el municipio de Agudas”*.
2. Debe **aclarar** si el señor Valencia Arias actúa a nombre propio, o a nombre de la *“Asociación de Bienestar Social con el carisma de San Vicente de Paul un paso al progreso colectivo”*.

3. En caso de que el demandante actúe a nombre de la “*Asociación de Bienestar Social con el carisma de San Vicente de Paul un paso al progreso colectivo*”, deberá acreditar la existencia de dicha sociedad **aportando** el certificado de existencia y representación correspondiente, donde conste que el señor Silvio Valencia Arias es el representante de ella.

4. Debe **acreditar el cumplimiento del requisito de procedibilidad** contemplado en el numeral 4 del artículo 161 del CPACA, en concordancia con el inciso tercero del artículo 144 del CPACA, relacionado con la solicitud previa a la autoridad que se pretenda demandar, solicitando la adopción de las medidas necesarias para la protección de los derechos colectivos que invoca como amenazados en la demanda.

Si bien aparece en los documentos adjuntos una respuesta del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, y de la Gobernación de Caldas, éstas no cumplen con lo precisado anteriormente, al no tener relación con las pretensiones de la demanda; y tampoco se allegan las peticiones elevadas ante el departamento de Caldas, municipio de Aguadas, al Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico, y la Empresa de Aguacate que demanda.

5. Debe **indicar** de manera precisa, cuáles son **los correos electrónicos** para notificaciones de la Empresa de Aguacate que demanda y el Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico; como lo indica el numeral 7 del artículo 162 del CPACA.

6. Debe **acreditar el cumplimiento del requisito** contenido en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, en concordancia con el artículo 6 de la ley 2213 de junio 13 de 2022; en el sentido de que el demandante al presentar la demanda simultáneamente deberá enviar por medio electrónico copia de ella y de sus anexos a los demandados; de igual manera deberá proceder cuando al inadmitirse la demanda se presente escrito de subsanación.

Para los efectos pertinentes, se informa que el **único correo electrónico para la recepción de memoriales es el tadmin02cld@notificacionesrj.gov.co**

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: **d6d5484992a75eac79c16655f5e0db42770802bf4b50a22f166213c5d8a0696a**

Documento generado en 03/08/2023 04:17:23 PM

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

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 167

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO: 17-001-33-33-009-2023-00028-02
NATURALEZA: Protección de Derechos e Intereses Colectivos
DEMANDANTE: Enrique Arbeláez Mutis
DEMANDADO: Municipio de Salamina

Se resuelve el recurso de apelación formulado por parte actora contra la sentencia que no accedió a sus pretensiones.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El actor señaló que, el Plan de Desarrollo de la presente alcaldía del municipio de Salamina anunciaba, ejecutar 20 tanques piscícolas con cultivo de trucha y mojarra, así como asesorar y apoyar a 100 productores; y que hasta el momento no se ha dado cumplimiento a dicho proyecto, a pesar de faltar pocos meses para la culminación del mandato.

Por lo anterior solicitó la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, y en consecuencia se ordene a la autoridad accionada efectuar la construcción de 20 tanques para cultivo de peces, concebido en el plan de desarrollo y que varios de ellos se ubiquen en el corregimiento de San Félix de Salamina.

2. Pronunciamiento frente a la demanda

El **municipio de Salamina** se opuso a las pretensiones del actor popular y en su defensa señaló que, en el Plan de Desarrollo no se refirió la producción alguna de piscicultura, ni al asesoramiento de los productores, por lo que no existe amenaza o vulneración de un interés colectivo por la acción u omisión de la administración.

Formuló como excepciones la *“Inexistencia de la vulneración de los derechos colectivos vulnerados invocados por el accionante”* basada en que, de acuerdo al material probatorio presentado no se encuentran probados las afectaciones a los derechos colectivos de la comunidad del municipio de Salamina, así mismo, no se evidencia que con la no construcción de tanques destinados para la producción piscicultora se coloque en un peligro inminente a la población. *“Inexistencia del nexo causal entre la acción u omisión del municipio de Salamina y la afectación de los derechos colectivos”*, por cuanto la construcción de 20 tanques destinados para

actividades piscicultoras no ha sido aprobado ni concebido en el Plan de Desarrollo 2020-2023.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaro fundada la excepción denominada “*Inexistencia de vulneración a los derechos colectivos invocados por parte del accionante*”, propuesta por el municipio de Salamina y negar las pretensiones del actor.

Como fundamento de su decisión consideró que, no existe prueba que permita demostrar los supuestos fácticos aludidos por el accionante, pues se limitó a realizar dicha afirmación sin desplegar ninguna actividad probatoria. Que la autoridad accionada presentó junto al escrito de contestación el Plan de Desarrollo vigente para el período de 2020-2023, sin que en parte alguna se refiriera al proyecto aludido por el actor.

Concluyó que, ante el incumplimiento de la carga procesal del accionante de demostrar los supuestos facticos de la demanda en relación al proyecto de la construcción y destinación de tanques para actividades piscicultoras, se debían negar las pretensiones y declarar la excepción formulada por el municipio de Salamina en relación a la inexistencia de vulneración a los derechos colectivos.

4. Recurso de apelación

El **accionante** interpuso recurso de apelación manifestando su oposición a la sentencia señalando que, es una burla a las peticiones de los ciudadanos y las propuestas de los mandatarios cuando el Plan de Desarrollo no se cumple. Que en el presente caso se prometieron 20 pozos piscícolas de los cuales no se da razón, a pesar de que se habla de situarlos en zonas rurales para beneficiar a comunidades vulnerables. Que pasaron tres años sin cumplimiento al mandato y sin control alguno.

Que existe falta de moralidad administrativa porque se promete, se aprueba por el Concejo, se construye el Plan de Desarrollo, se pone en conocimiento de la comunidad, pero no se cumple. Además, se supone que el presupuesto, los impuestos y demás recolección de dinero que tiene el municipio es para cumplir las obras que contempla el Plan de Desarrollo.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

A juicio de la Sala debe ser desatado el siguiente problema jurídico: *¿Se encuentra vulnerado el derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte del municipio de Salamina al no dar cumplimiento a lo establecido en el plan de desarrollo 2020-2023 en relación a la construcción de tanques para el desarrollo de actividades piscicultoras?*

Para resolverlo, se analizará: i) el marco jurídico sobre la naturaleza de la acción popular y el alcance del derecho colectivo invocado; y ii) los hechos probados y el caso en concreto.

2. Fundamento jurídico

2.1. Naturaleza de la acción popular

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

Los supuestos sustanciales para que proceda la acción popular son los siguientes, a saber: a) una acción u omisión de la parte demandada; b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, y; c) la relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de los derechos colectivos, los tres supuestos anteriores deben demostrarse en el trámite respectivo.

2.2. Alcance de los derechos colectivos invocados - Derecho a la moralidad administrativa

Este derecho, como otros tantos, no se encuentra definido en las normas constitucionales y legales, pero comporta uno de los derechos colectivos de especial protección, de conformidad con lo previsto en el artículo 88 de la Carta Política y en el literal b) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

En Sentencia de Unificación del 13 de febrero de 2018¹, el Consejo de Estado analizó su alcance bajo la premisa de que, al no encontrarse definido en la Ley 472 de 1998, se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser estudiado en cada caso concreto; sin soslayar que al tiempo comporta un principio que debe regir toda la actividad administrativa, así:

166. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha considerado a la moralidad administrativa dentro de una doble dimensión: i) como principio de la función administrativa (artículo 209 CP) y ii) como derecho colectivo (artículo 88 ibidem).

«[...] como principio, la moralidad administrativa orienta la producción normativa infraconstitucional e infralegal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; y como derecho o interés colectivo, alcanza una connotación subjetiva, toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular [...]»

167. Respecto de la moralidad administrativa, se ha señalado que, si bien es un concepto

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, radicación nro. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU), C.P. William Hernández Gómez.

jurídico indeterminado, en todo caso, la actuación de la administración debe estar direccionada a la satisfacción del interés general y realizarse dentro del marco de los fines establecidos por la Constitución y la ley.

168. En ese sentido la Sección Tercera de esta Corporación señaló: «[...] en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibidem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley».

169. Ahora bien, en sentencia del 1° de diciembre de 2015, la Sala Plena de esta Corporación se pronunció sobre el alcance de ese concepto así:

- La moralidad administrativa está referida a la lealtad del funcionario con los fines de la función administrativa;
- Para que se configure su trasgresión desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública; y
- En cumplimiento del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y el 167 del Código General del Proceso, debe existir respecto de tal derecho colectivo una imputación y carga probatoria por parte del actor popular.

170. De manera que, de conformidad con la jurisprudencia actual de esta Corporación, para que se configure la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa, *prima facie*, el análisis tiene un carácter eminentemente objetivo, sin embargo, en algunos casos, puede ser relevante la acreditación del elemento subjetivo. Todo dependerá de las circunstancias concretas”.

Bajo esta línea de pensamiento, la actuación administrativa debe estar al servicio del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado, evitando (i) el favorecimiento de intereses particulares, (ii) la desviación de poder y (iii) la inobservancia de la ley.

Empero, ello exige un análisis en cada caso particular, para establecer si se configura i) el elemento objetivo, que se verifica teniendo en cuenta si, con la actuación cuestionada, la autoridad administrativa incurrió en la inobservancia o transgresión de la ley y, ii) el elemento subjetivo, consistente en la materialización de conductas amañadas, corruptas y alejadas de la correcta función pública.

El análisis anterior no indica, de todas maneras, que el punto de partida sea necesariamente el objetivo, o que ambos análisis se deban efectuar de manera separada, pues en la medida que la demanda o la probanza revele el torcido fin para el cual se ha desplegado la función administrativa, el fallador deberá encauzar su indagación y análisis a la verificación de este, en el contexto propio de la actuación administrativa que es objeto de cuestionamiento.

3. Análisis sustancial del caso

El *a quo* negó las pretensiones del actor por cuanto no se demostraron los supuestos facticos aludidos en el escrito de demanda. El accionante en su apelación insistió en afirmar que, se presenta un incumplimiento en los proyectos establecidos en el plan de desarrollo considerando que ello es motivo suficiente para configurar la falta de moralidad administrativa.

Al respecto, encuentra la Sala que, la parte accionada aportó el Plan de Desarrollo municipal para el período 2020-2023 formulado por la Alcaldía de Salamina, el cual, en relación a la piscicultura, únicamente se indica:

*“(…) **Piscicultura.** Existen estanques en diferentes sectores del municipio y de San Félix, con una capacidad considerable de alevines, que también funciona como centro de distribución, se tienen buenos resultados y se vislumbra un potencial importante”.²*

Por tanto, es claro que las manifestaciones realizadas por la parte actora carecen de fundamento probatorio, pues en el Plan de desarrollo municipal no se refiere la construcción de estanque o pozos, y asesoramiento a la comunidad para el desarrollo de actividades de cultivos de peces.

En mismo sentido se hace hincapié que, el accionante no presentó documentación u otra prueba que demostrara sus afirmaciones. Al respecto, el Consejo de Estado ha señalado:

*“(…) La obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere **que la acción u omisión sea probada por el actor**, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y la normalización de una situación que pueda ser protegida con la expedición de la sentencia producto de la acción popular”.³*

4. Conclusión

De acuerdo con lo expuesto, se concluye que, no se encuentra acreditada la vulneración al derecho colectivo a moralidad administrativa por parte del municipio de Salamina, toda vez que no se demostró el incumplimiento aducido por el actor, al plan de desarrollo municipal para la vigencia 2020-2023, en relación a la construcción de tanques, y el brindar asesorías a la comunidad para el desarrollo de actividades de cultivos de peces.

En consecuencia, no prosperan los argumentos expuestos por el apelante y se confirmara la sentencia que negó sus pretensiones.

5. Costas

De conformidad con el artículo 38 de la ley 472 de 1998 en armonía con la sentencia de

² Expediente digital: “10ContestacionMunicipioSalamina”, fls.16-121.

³ C.E, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera, Sentencia del 30 de junio de 2011, Rad. 50001-23-31-000-2004-00640-01(AP), Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

unificación del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo M. P. Rocío Araújo Oñate del 6 de agosto 2019, radicación: 15001-33-33-007-2017-00036-01, no se impondrá condena en costas; además que no se evidencia una conducta temeraria o carente de fundamento por parte del actor popular.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia del 21 de junio de 2023 preferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la acción popular promovió el señor **Enrique Arbeláez Mutis** contra el **municipio de Salamina – Caldas**.

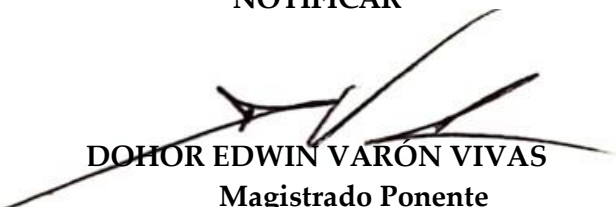
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 47 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-33-756-2017-00152-02
CLASE	REPARACIÓN DIRECTA
ACCIONANTE	JOSÉ ANCIZAR SOSSA PINEDA Y OTROS
ACCIONADO	NACIÓN –FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Procede la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas a proferir sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, José Ancizar Sossa Pineda y otros, contra la sentencia que negó las pretensiones, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el día 31 de marzo de 2022, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Peticionó la parte actora se hagan los siguientes pronunciamientos:

- "PRIMERA:** Se *DECLARE* que la *NACIÓN-RAMA JUDICIAL* y la *NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN* son responsables solidaria, pecuniaria y administrativamente por los perjuicios materiales, daño emergente y lucro cesante; e inmateriales, derechos humanos vulnerados y perjuicios morales que le fueran causados a los demandantes, con la injusta privación de la libertad del señora *JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA* y ordenado por la *Fiscalía delegada* en el proceso penal radicado 10016106799-2014-82905 del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales.
- SEGUNDA:** En consecuencia, de lo anterior, se *CONDENE* a la *NACIÓN-RAMA JUDICIAL* y la *NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN* a *PAGAR SOLIDARIA* y *ADMINISTRATIVAMENTE* como reparación del daño ocasionado a *JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA*, la suma de \$12'598.362 m/cte, por concepto de *LUCRO CESANTE*, por el tiempo que estuvo detenido y sin capacidad de producción económica.
- TERCERA:** Se *CONDENE* a la *NACIÓN-RAMA JUDICIAL* y la *FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN* a *PAGAR SOLIDARIAMENTE* como reparación del daño ocasionado a los demandantes con la injusta privación del señor *JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA*, las

indemnizaciones a que hubiere lugar por todos los perjuicios inmateriales (Derechos Humanos Vulnerados y Perjuicio Morales), subjetivos y objetivos, actuales y futuros, los cuales se especificarán a continuación.

A. POR PERJUICIOS MORALES, como consecuencia de todos los efectos morales y psicológicos, se estiman para cada uno de los declarantes la suma de:

1. Para JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$36.885.850 m/cte.
2. Para REINALDO SOSA MARÍN, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$36.885.850 m/cte.
3. Para FLOR MARÍA PINEDA, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$36.885.850 m/cte.
4. Para SANDRA MILENA AGUDELO CASTAÑO, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$36.885.850 m/cte.
5. Para YEIMER ANCÍZAR SOSA AGUDELO, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$36.885.850 m/cte.
6. Para ALEJANDRO SOSA AGUDELO, la suma de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$36.885.850 m/cte.
7. Para MARÍA ROSALBA SOSA PINEDA, la suma de VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$18.442.925 m/cte.
8. Para GLADYS DEL SAGRARIO SOSA PINEDA, la suma de VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$18.442.925 m/cte.
9. Para GLORIA LUZ SOSA PINEDA, la suma de VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$18.442.925 m/cte.
10. Para URIEL DE JESÚS SOSA PINEDA, la suma de VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$18.442.925 m/cte.
11. Para GERMAN ANTONIO SOSA PINEDA, la suma de VEINTICINCO (25) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$18.442.925 m/cte.
12. Para YEIMY SULAY SOSA LOAIZA, la suma de DIECISIETE punto CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.
13. Para NATALIA YASMIN GARCÉS SOSA, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.
14. Para FRANCI YULIANA SOSA LOAIZA, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.
15. Para SILVANA YULIETH SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.
16. Para ELIANA GRACIELA SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.
17. Para LINA JOHANA SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.
18. Para MILTON LEANDRO GARCÉS SOSA, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

19. Para HERLEY REINALDO GARCÉS SOSSA, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

20. Para JEFFERSON SOSA LOAIZA, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

21. Para CARLOS ANDRÉS SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

22. Para JOHAN SAÚL SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

23. Para JUAN PABLO SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

24. Para ENRIQUE SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

25. Para YONATAN ANDRÉS SOSA PINEDA, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

26. Para JAMES SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

27. Para JULIANA SOSA GUTIÉRREZ, la suma de DIECISIETE puntos CINCO (17.5) SALARIOS MINIMOS, o lo que es igual a \$12.910.047 m/cte.

B. POR DERECHOS HUMANOS VULNERADOS, Derechos a la LIBERTAD, al HONOR y al BUEN NOMBRE, los cuales se demandan en la suma de CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS, o lo que es igual a \$73'771.700 m/cte., a favor de la Víctima Directa de la Privación Injusta de la Libertad, JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA.

CUARTA: Que la respectiva sentencia sea actualizada de conformidad con lo previsto en la ley, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumir, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

QUINTA: Que la entidad convocada dé cumplimiento a la sentencia en los términos del art. 192 y 195 del CPACA y demás normas concordantes...”

HECHOS

Como supuestos fácticos se expusieron los siguientes:

Se indicó que el 10 de agosto de 2014, algunos sujetos ingresaron a la casa de habitación de la señora Ligia Rosa Sierra de Álzate, ubicada en la carrera 23 Nro. 65-69 de Manizales hurtando bienes por valor de \$700.000. 000.00 millones de pesos.

Luego de varias actividades de investigación, el 02 de septiembre de 2014 se hicieron efectivas algunas capturas, entre ellas la del señor Jhon Faber Zuluaga López, quien

comunicó su deseo de colaborar con las autoridades y suministrar información sobre otros partícipes del mencionado hecho criminal; Fue así como señaló y reconoció en álbum fotográfico al señor José Ancizar Sosa Pineda, a quien le dicen “Botas” y es taxista, por lo que el Fiscal Segundo Especializado Delegado ante el GAULA solicitó orden de captura en contra de Sosa Pineda, la cual fue autorizada por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, en audiencia del 19 de septiembre de 2014.

Con fundamento en lo anterior, el 23 de septiembre de 2014 el señor José Ancizar Sosa Pineda fue capturado por servidores de la Policía Judicial, y al día siguiente, ante el Juzgado 3° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, se realizaron las audiencias preliminares de legalización de captura, de formulación de imputación y de solicitud de medida de aseguramiento a solicitud del Fiscal Veinte Seccional URI Manizales. En dicha audiencia la Fiscalía procedió a formular imputación y a solicitar medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, en contra de José Ancizar Sosa Pineda por los delitos de secuestro simple y agravado en concurso con hurto calificado y agravado, haciendo referencia a lo sucedido el 10 de agosto de 2014, con fundamento en la denuncia instaurada por la víctima, así como el señalamiento que en interrogatorio a indiciado y en reconocimiento fotográfico hiciera el señor John Faber Zuluaga López, quien al aceptar los cargos indicó que la información sobre el inmueble y los elementos allí hurtados había sido suministrada por una persona que es taxista y le dicen “Botas”.

Fue así como el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, de Manizales, tomó la decisión de imponer la medida de aseguramiento solicitada por la Fiscalía, por cuanto a su juicio existía inferencia razonable de la participación de José Ancizar Sosa Pineda en aquellos hechos delictivos, pues se cuenta con un interrogatorio a indiciado y un reconocimiento fotográfico en el cual se indica que era el encargado de señalar la vivienda donde se llevaría el hurto, lo que se desprende que el imputado representa un peligro para la sociedad y la víctima, dada la gravedad y modalidad de la conducta punibles, delitos con penas muy altas y desplegados por un grupo de delincuencia organizado.

Posteriormente y ante la realización de investigaciones más exhaustivas, la fiscalía solicitó la revocatoria de la medida de aseguramiento que pesaba contra el imputado José Ancizar Pineda, a la que accedió el Juzgado 2° Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías el 19 de enero de 2015, ordenando su libertad inmediata.

Finalmente, el 19 de febrero de 2015, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito, a petición de la Fiscalía, precluyó la investigación a favor de José Ancizar Sosa Pineda, decisión que quedó ejecutoriada en esa fecha pues no fue recurrida por ninguna de las partes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

NACIÓN - RAMA JUDICIAL DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL: manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que, los presupuestos fácticos que fundamentan la misma, no conducen a atribuir responsabilidad alguna a la entidad. Solicitó en consecuencia, se exonere a la entidad de los cargos en ella consignados.

Trajo a colación diferentes fallos proferidos por diferentes Juzgados Administrativos, donde aceptando la nueva jurisprudencia absuelven a la Dirección Ejecutiva. Agregó que las actuaciones y decisiones de los agentes judiciales que intervinieron en el proceso penal al que resultó vinculado Sosa Pineda, se emitieron en cumplimiento de la ley y la Constitución Política, y la medida de aseguramiento decretada en su contra, se dictó con fundamento en los elementos probatorios, e información legalmente obtenida exhibida por la Fiscalía, razón por la cual no existe nexo de causalidad entre el daño antijurídico alegado por los convocantes y la actuación de la Rama Judicial.

Atendiendo a la forma en la que se desarrollaron los hechos en el proceso de la referencia, al informe de policía, y a las evidencias probatorias que tenían las entidades demandadas para adoptar las decisiones de imputación y medida de aseguramiento, no hay lugar a declarar su responsabilidad pues, de la lectura de las normas transcritas, se surtieron las etapas necesarias que permitieron demostrar la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, lo que en ninguna manera, implica que la medida fue desproporcionada.

Como excepciones propone las que denominó:

falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del Estado: que la Judicatura tenía el deber legal de adelantar la citada investigación de carácter penal en atención a la gravedad de los hechos relacionados.

Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección ejecutiva Seccional de administración Judicial de Manizales: señala que, en el presente caso, fue la Fiscalía General de la Nación la que en ejercicio de las facultades conferidas por el

artículo 250 de la Constitución Política, ordenó la captura del demandante y aportó los elementos probatorios que llevaron al Juez de Control de Garantías al convencimiento de su participación en el punible.

Existencia de una excepción frente a la responsabilidad objetiva del Estado en cabeza de la Nación – Rama Judicial: afirma que, no sólo la detención era una carga que los demandantes se encontraban en el deber jurídico de soportar por lo considerado en precedencia, sino que además, la falencia en el despliegue probatorio y de acusación por parte del ente investigador, exonera de responsabilidad a la Nación – Rama Judicial, de conformidad con lo señalado en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado.

Culpa Exclusiva de la Víctima: el procesado puede ejercer un papel activo en el sistema penal acusatorio, de tal suerte que, puede aportar elementos probatorios que favorezcan su situación, y en caso de hacer uso de este mecanismo procesal y esperar para presentar el recaudo probatorio ante el juez de conocimiento es una cuestión imputable al procesado por su inactividad, por lo que por su propia culpa se extendió la privación de su libertad.

Hecho de un Tercero: si bien existió absolucón, evidentemente la captura, además de los hechos que rodearon la conducta del indiciado, hoy demandante, conllevaron a su detención como quiera que, su captura se dio por el testimonio de un capturado quien aceptó los cargos por los cuales fue detenido, señalando al actor como una de las personas que participó en los hechos delictivos.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: esgrimió que se opone a las pretensiones teniendo en cuenta que, la actuación se surtió de conformidad con la Constitución Política y las disposiciones sustanciales y procedimentales vigentes para la época de los hechos, actuación de la cual no se puede predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ninguna clase de error, ni mucho menos privación injusta de la libertad del señor Sossa Pineda.

Señala que el proceso penal en el cual se vio involucrado el demandante, señor José Ancizar Sosa Pineda, se originó por el señalamiento directo que hizo el señor John Faber Zuluaga López, de ser unas de las personas comprometidas en el hurto realizado a la residencia de la señora Ligia Rosa Sierra de Álzate, el 10 de agosto de 2014, cuando en interrogatorio a indiciado ante la pregunta que le realizara el servidor de la Policía Judicial: *"PREGUNTADO: manifieste quien dio el inicio para hacer el hurto? CONTESTÓ: Eso fue*

Botas”; y realizadas las investigaciones, se pudo establecer que, el señor José Ancizar Sosa Pineda era conocido con el alias de “Botas”. De igual manera, en diligencia de reconocimiento fotográfico realizado con el señor John Faber Zuluaga López, se dejó constancia de: ***“ÁLBUM #0818 reconoce la imagen 001 que corresponde a JOSÉ ANCIZAR SOSA PINEDA C.C. Nro. 16.075.081, él es taxista y le dicen Botas. Chocolate me contó que esta persona les mostró una casa en El Cable, para un hurto. Lo conocí hace más o menos tres años por medio del zurdo y me comunicó sobre la casa del Cable”.***

Fue por lo anterior que la Fiscalía Segunda Especializada Gaula, solicitó ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de garantías, la expedición de orden de captura en contra del señor José Ancizar Sosa Pineda, la cual se materializó el día 23 de septiembre de 2014; luego, el 24 de septiembre de esa anualidad, la Fiscalía 20 Seccional URI., solicitó audiencia preliminar de legalización de captura, imputación de cargos y solicitud de medida de aseguramiento, correspondiente al Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, quien procedió a declarar legal la captura, avaló la formulación de imputación realizada por la Fiscalía, por los delitos de hurto calificado agravado en concurso heterogéneo con secuestro simple agravado a título de coautor y, le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

Dados los graves indicios que se tenía en contra del señor José Ancizar Sosa Pineda, de estar incurso en conductas delictuales, la Fiscalía no tenía otro camino que iniciar las labores de investigación y judicialización en su contra. No obstante, lo anterior, y con fundamento en el artículo 318 del Código de Procedimiento Penal, la Entidad solicitó ante el Juez de Control de Garantías, audiencia preliminar para revocatoria de la medida de aseguramiento, la cual se llevó a cabo el 19 de enero de 2015, en la cual se ordenó la libertad inmediata del señor Sosa Pineda, y posteriormente se radicó solicitud de preclusión de la investigación.

Como excepciones propuso:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: de conformidad con lo previsto en el actual sistema penal acusatorio cuyo procedimiento regula la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación es quien asume el papel acusador frente a conductas punibles, más no es quien determina las medidas restrictivas de la libertad de los imputados, siendo este el fundamento principal que conlleva a que en el presente caso la Fiscalía General de la Nación quede eximida de responsabilidad frente a una detención calificada por los aquí

demandantes como injusta, pues como ya vimos, su legalidad fue avalada por el respectivo Juez de Garantías competente.

Inexistencia de Daño Antijurídico: señaló que la medida de aseguramiento no fue abiertamente desproporcionada, inadecuada, innecesaria y/o violatoria de procedimientos legales, pues se fundamenta en norma constitucional, legal y jurisprudencia, por lo que la privación de la libertad del demandante no fue antijurídica. *En los eventos en que la absolución penal tuvo como fundamento la aplicación del principio in dubio pro reo y/o que el investigado no cometió la conducta punible, o por atipicidad subjetiva de la conducta, no se puede condenar de manera automática al estado.* Se fundamenta en el análisis de la sentencia C 072 de 2018.

Inexistencia nexo causal: no se configura la relación de causalidad entre la actuación de la Fiscalía General de la Nación y el presunto daño o perjuicio aducido por la parte actora, elemento esencial para estructurar responsabilidad en cabeza de la entidad.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgado Quinto administrativo del circuito de Manizales mediante sentencia del 31 de marzo de 2022, negó a las pretensiones tras plantearse como problema jurídico, si en el presente caso se configuró un daño antijurídico por motivo de la privación de la libertad impuesta al señor José Ancizar Sossa Pineda.

Luego de hacer un recuento del material probatorio obrante en el cartulario señaló que, de acuerdo con lo probado, para el momento en que se impuso la medida de aseguramiento -detención preventiva-, existían suficientes elementos de juicio que indicaban la posible vinculación del señor José Ancizar Sossa Pineda, alias "Botas", en la comisión de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, de que fueron víctimas la señora Ligia Rosa Sierra de Álzate y su esposo, en hechos ocurridos el 10 de agosto de 2014 en zona urbana de Manizales.

En tal medida, si bien el ahora demandante José Ancizar Sossa Pineda fue beneficiado con preclusión de la investigación y por ende, absuelto de todo cargo como quiera que dicha decisión hacía tránsito a cosa juzgada una vez quedó ejecutoriada, lo cierto es que, esa decisión no obedeció a la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, sino que se dio en virtud de la retractación que hizo

el principal acusador, lo cual dejó sin piso el fundamento que hasta entonces tenía la Fiscalía como teoría del caso.

Así las cosas, la medida impuesta al demandante José Ancizar Sosa Pineda, no desbordó los criterios de proporcionalidad inherentes a la adopción de este tipo de decisiones, toda vez que, existían indicios de responsabilidad en su contra y, además, la medida se justificaba para garantizar su comparecencia ante la justicia, si se tiene en cuenta que figuraba con dos anotaciones penales en su contra, que si bien no se probó que hubiere sido condenado por los mismos, si es indicativo de una persona que trasiega por la senda penal.

Es por lo anterior que negó las pretensiones de los actores, consignando en la parte resolutive del fallo:

PRIMERO: Declárase probadas las excepciones de **FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO; EXISTENCIA DE UNA EXCEPCIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN CABEZA DE LA NACIÓN-RAMA JUDICIAL**", invocadas por el apoderado de la RAMA JUDICIAL, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Niéguese las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: **EJECUTORIADA** la presente providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos ordinarios del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes, si los hubiere, al interesado y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones en el sistema Justicia Siglo XXI.

RECURSO DE APELACIÓN

Demandante: apeló la sentencia de primera instancia mediante memorial que reposa en PDF nro. 31 del expediente digitalizado de primera instancia.

En su escrito señaló que, en el régimen objetivo de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad desarrollado por el Consejo de Estado, es suficiente con que se demuestre que una persona que fue detenida en virtud de un proceso penal, y posteriormente absuelta o su equivalente, para acreditarse la antijuridicidad del daño padecido, sin que sea relevante el acierto o no de legalidad de las decisiones que motivaron la detención, pues se reconocía que podía haber procedimientos legales que no necesariamente resultaren ser legítimos, razón por la cual se considera procedente la

respectiva compensación. Por el contrario, en el régimen subjetivo de responsabilidad estatal, valga decir, falla en el servicio, ocurre una situación diametralmente opuesta; el análisis se centra preponderantemente en la conducta de los agentes del estado, para juzgar el acierto o no de legalidad, e incluso, la responsabilidad personal que pudiese derivarse de estos, en un caso en concreto.

Así las cosas, no puede sostenerse que se opte por el título de imputación objetiva, para el cual es irrelevante la legalidad o licitud de la actuación de los funcionarios judiciales que generaron la privación de la libertad, y al mismo tiempo, entrar a valorar si las decisiones judiciales fueron razonables, proporcionales y apegados a la legalidad, análisis propio del régimen subjetivo. Como puede evidenciarse, en ambos casos, el análisis versaría sobre la falla en el servicio y desaparecería, con dicha errónea interpretación, el título de imputación de daño especial, consolidado por una extensa línea jurisprudencial del consejo de estado.

Así pues, por obvias razones, es completamente razonable sostener que la consecuencia de una detención irregular sea la liberación de la víctima, no así, que el destino de una detención plenamente legal, sea la liberación de una persona. De allí que la liberación de una persona puede estar precedida de dos supuestos, una actuación regular o irregular; y que el análisis sobre la actuación de los funcionarios solo cubriría el segundo supuesto, dejando desamparado al ciudadano en los demás casos. Ese es el fundamento y justificación de tantos esfuerzos por lograr que la privación injusta de la libertad fuera una categoría distinta al error jurisdiccional y al mal funcionamiento de la administración de justicia. sin embargo, como puede verse, ha sido en vano.

De esta forma, señala, en el presente asunto el *a quo* se limitó a verificar si efectivamente existía inferencia razonable de participación en la conducta punible, para concluir la legalidad del procedimiento y negar la compensación a la que tienen derecho los demandantes, en un sistema, donde dentro de los requisitos *sine qua non* para la imposición de la medida privativa de la libertad se encuentra la inferencia razonable de autoría o participación en la conducta punible; conforme a lo anterior indicó que, un examen tan ligero como el que realiza el fallador de primer grado, sería implementar una negativa automática para todos los casos en que se impone una medida de aseguramiento, aunque posteriormente se demuestre que no estaba en el deber jurídico de soportarla.

Afirma que, como se aludió en precedencia, de no ser posible aplicar el régimen de responsabilidad estatal del Consejo de Estado antes de la SU-072/18, en todo caso, la

sentencia debe ser revocada, porque aún en vigencia de las novedosas teorías, es claro que, un yerro de tal magnitud, como lo es sindicar a una persona de un delito que no ha cometido, claramente deja en evidencia las fallas y carencias existentes para que esto pudiese suceder, por lo que en el presente asunto es manifiesto la debilidad probatoria que presentaron las autoridades a la hora de sostener la sindicación, donde con base en una sola declaración, sin ninguna corroboración o verificación, procedieron a capturar y privar de la libertad al ciudadano hoy demandante, lo que torna en irrazonable y desproporcionada la actuación validada por el Juez Quinto Administrativo de Manizales

Arguyó que el sustento que sirvió de base para exonerar al Estado, no es más que la evidencia de sus carencias, razón por la cual impera revocar la sentencia impugnada y en su defecto, acceder a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, señaló que, desde una perspectiva garantista como es y ha sido siempre la que ilumina los juicios de responsabilidad extracontractual de la administración, impone al Juez velar, desde una óptica reparatoria, por los derechos de libertad en todas y cada una de sus ricas y múltiples facetas, máxime cuando quedó demostrado, con las probanzas y fundamentos jurídicos esbozados, que la Nación - Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación son administrativa y patrimonialmente responsables, en forma solidaria, de todos los perjuicios materiales e inmateriales irrogados a mis mandantes con la injusta privación de la libertad de José Ancizar Sosa Pineda.

Es por lo anterior que solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de los demandantes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial visible a PDF nro. 05 del expediente digital de segunda instancia, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado y procederá en consecuencia a fallar de fondo la litis.

Problema jurídico

1. ¿Se dan las condiciones señaladas por la ley y la jurisprudencia, para declarar administrativamente responsables a las entidades demandadas por la privación de la libertad de que fue objeto el señor José Ancizar Sossa Pineda?

Si la respuesta anterior es positiva, deberá la Sala resolver:

2. ¿Qué entidad debe responder por las pretensiones de la demanda, la Nación – Rama Judicial o la Nación – Fiscalía General de la Nación?

3. ¿Si tienen derecho los actores al reconocimiento de los perjuicios solicitados?

Lo probado

➤ Se allegaron copia de los registros civiles de nacimiento de los demandantes, para probar las relaciones de parentesco entre éstos y la víctima directa.

➤ Se allegó copia del expediente penal adelantado ante el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales contra José Ancizar Sossa Pineda por los delitos de “Secuestro simple en concurso heterogéneo con el tipo penal de hurto calificado y agravado” identificado con radicado nro. 17001-30-00-799-2014-82905-00, dentro del cual obra:

- Denuncia presentada el 10 de agosto de 2014, donde se indica que, algunos sujetos armados ingresaron a hurtadillas a la vivienda ubicada en la carrera 23 Nro. 65-69, donde habitaba la señora Ligia Rosa Sierra de Álzate y su esposo (personas de edad avanzada: 80 y 96 años respectivamente), a quienes sometieron y los encerraron en un cuarto mientras procedían al hurto de dinero y objetos de valor, en cuantía de (\$700.000.000.00).

- Copia del informe de investigación adelantado por la Fiscalía 20 Seccional de la Unidad de Reacción por los hechos denunciados el 10 de agosto de 2014, en donde se consigna que, fruto de la investigación el 02 de septiembre de esa anualidad, se logró la captura de algunos autores de tan lamentable hecho, entre ellos a Jhon Faber Zuluaga López, quien señaló a un taxista de alias “Botas” como el que suministró la información de la casa donde se iba a llevar a cabo el hurto, y posteriormente lo reconoció en álbum fotográfico.

- La persona identificada respondía al nombre de José Ancizar Sosa Pineda, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 16.075.081. Además, verificado el sistema SPOA, se

constató que la persona identificada figuraba como indiciado por el delito de hurto dentro de la noticia criminal Nro. 1700161069332011-00375 por hecho ocurridos 22 de octubre de 2010 en la carrera 21 con calle 75A de la ciudad de Manizales; y también figura como indiciado en la investigación Nro. 1700161067992012-80840 por el delito de lesiones personales agravadas, en hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012 en la carrera 22 con calle 17 de la ciudad de Manizales.

- En audiencia celebrada el 19 de septiembre de 2014 ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de garantías, y a solicitud de la Fiscalía Segunda Especializada, se libró orden de captura Nro. 045 en contra de José Ancizar Sosa Pineda, la cual se hizo efectiva por Agentes de la Policía Nacional el 23 de septiembre de 2014, procediendo a leerle sus derechos como capturado y dejarlo a disposición de la autoridad competente, en la misma fecha.

- En audiencia celebrada el día 24 de septiembre de 2014, el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, a solicitud de la Fiscalía declaró legal la captura del indiciado José Ancizar Sosa Pineda; en la misma audiencia la Fiscalía formuló imputación contra el señor Sosa Pineda como coautor del delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con el de secuestro simple y agravado, solicitándose imponer medida de aseguramiento -detención preventiva- en establecimiento Penitenciario y Carcelario contra el imputado, a la cual accedió el Juez.

- Posteriormente y, luego de realizadas nuevas entrevistas a los condenados por ese mismo hecho delictivo: Jhon Faber Zuluaga López y Seir Zuluaga Naranjo, el Fiscal Segundo Especializado solicitó audiencia preliminar de revocatoria de medida de aseguramiento, toda vez que, informa los condenados se retractaron de su declaración respecto del señor Sosa Pineda alias "Botas" y de su identificación en álbum fotográfico, señalando que no había participado en el delito por el cual se le estaba acusando.

-Como consecuencia de la retractación de los testigos que habían identificado plenamente al señor Sosa Pineda como una de las personas que participó en el hecho delictivo, el 19 de enero de 2015 el Fiscal Segundo Especializado de Manizales presentó solicitud de preclusión ante el Juez de Control de Garantías, correspondiendo su conocimiento al Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales, con los siguientes argumentos:

"5. LA CAUSAL INVOCADA PARA DEPRECAR LA PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Dispone el artículo 331 del ordenamiento procesal vigente que: 'En cualquier momento, el Fiscal solicitará al Juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar...' Por su parte el artículo 332 enlista las causales. 'El Fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 5. Ausencia de intervención del imputado en los hechos investigados'.

"...La preclusión de la investigación, es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia del mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del Juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación y por ende, se encuentra investida de fuerza vinculante de cosa juzgada. De manera contundente el inc. 2º del artículo 250 de la Constitución establece que en el ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación deberá:

"...Solicitar ante el Juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar."

Se trata, pues, de un claro mandato para el Fiscal de formular, ante el Juez de conocimiento la solicitud de preclusión, en aquellos eventos en que no hubiese podido recolectar evidencia, o elementos materiales de prueba que le permitan sostener una acusación..."

Despojada la Fiscalía, por regla general de funciones jurisdiccionales, deberá solicitar al Juez de conocimiento la preclusión de la investigación cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

Este instrumento jurídico reglamentado en los artículos 331 a 335 de la Ley 906 de 2004, debe ser utilizado por el juez de conocimiento en cualquier etapa procesal, inclusive antes de la formulación de la imputación a instancia de la fiscalía, cuando no encuentre acreditada la existencia del mérito para acusar, por la demostración de una de las siguientes causales, según el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal de 2004: 5º La ausencia de intervención del imputado en el hecho, como causal de preclusión.

En cualquier etapa del proceso, no solamente a partir de la formulación de imputación, cuando se acredite alguna de las causales previstas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004, el fiscal debe solicitar la preclusión al juez de conocimiento y, una vez decretada, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal contra el indiciado, por los hechos materia de imputación.

El punto toral de esta argumentación, se centra en las manifestaciones de los acusados, ya condenados, SEIR ZULUAGA NARANJO y JHON FABER ZULUAGA LÓPEZ, que permiten concluir con claridad que alias "BOTAS", identificado plenamente como JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA, no tuvo ninguna participación en los hechos investigados.

Sirvan señor Juez, estas pocas reflexiones, que consideramos suficientes para solicitar la preclusión de la investigación, atendiendo los presupuestos normativos contenidos en el artículo 335 del Ordenamiento Procesal Penal...”

Por lo anterior, el Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales precluyó la investigación adelantada en contra de José Ancizar Sosa Pineda, conocido como “Botas”, ordenó cesar la persecución penal en contra del mismo, y al no ser recurrida por las partes quedó debidamente ejecutoriada con efectos de cosa juzgada material.

Marco legal y jurisprudencial

Ha dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, 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, norma que le sirve de fundamento al artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados de demandar la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del estado.

En el *sub lite*, la demanda tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado por la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Sossa Pineda la cual tiene apoyo en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 que dispuso:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Por su parte la Ley 270 de 1996, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por el actuar de los agentes judiciales estableció lo siguiente:

ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. *El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean*

imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.

[...]

ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios” (subrayado Sala de Decisión).

Frente al régimen de responsabilidad por privación injusta de la libertad, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación proferida el 15 de agosto de 2018¹, unificó el tema y aunque fuera anulada posteriormente mediante decisión de tutela², el 15 de noviembre de 2019 *pero solo en cuanto respecta a la decisión del caso concreto correspondiente a la misma, y no frente al carácter y alcance unificador de la jurisprudencia que tal providencia contiene*, se tiene que conservar su valor doctrinario, ya que antes y después de esa unificación, la postura de la Sección Tercera ha permanecido incólume.

“PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y **UNIFÍCANSE** criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1) Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política;

2) Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil -análisis que hará, incluso de oficio-, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,

3)Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño.

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera Sala Plena; Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA; Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018); Radicación número: 66001-23-31-000-2010-00235-01(46947)

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 15 de noviembre de 2019. Radicación número: 11001-03-15-000-2019-00169-01.

En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encausar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecúa al caso concreto” (Negrillas del texto).

Ahora bien, en casos de privación injusta de la libertad el Consejo de Estado de acuerdo a la jurisprudencia de unificación, fijó la postura para analizar estos casos mediante sentencia del 3 de diciembre de 2018, en los siguientes términos³:

Teniendo en cuenta lo anterior, en el caso bajo estudio se constata que la decisión de absolución se dio por que la conducta era “atípica” 4, por lo que de conformidad con reciente sentencia de unificación en materia de privación injusta de la libertad 5, el título de imputación se estudiará de acuerdo al caso en concreto, aclarando que siempre debe analizarse la actuación de la víctima.

Sobre esto último, es pertinente señalar que en la referida providencia no se acogió un título de imputación único para estudiar el régimen de privación injusta, sino que se dejó el análisis del mismo al funcionario judicial, quien debe resolverlo bajo los criterios que considere más adecuados dependiendo de cada caso concreto, al señalar que:

El funcionario judicial, en preponderancia de un juicio libre y autónomo y en virtud del principio *iura novit curia*, puede encausar el análisis del asunto bajo las premisas del título de imputación que considere pertinente, de acuerdo con el caso concreto y deberá manifestar de forma razonada los fundamentos que le sirven de base para ello.

Ahora bien, de lo anterior se tiene que la sentencia no definió un régimen específico en materia de privación injusta; sin embargo, esta Sala atendiendo a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencia SU-072 de 2018⁶ estima que el método adecuado para abordar el estudio de responsabilidad en estos casos debe hacerse de la siguiente manera:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

³ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera - Subsección “B”; Consejero Ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá D.C., tres (03) de diciembre de dos mil dieciocho (2018); Proceso número: 15001233100020030261101 (44520)

⁴ El Juzgado señaló que la absolución se daba porque “la conducta desarrollada por Vacca Gámez como funcionario público, no es típica”.

⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 15 de agosto de 2018, Exp. No. 46.947, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-078 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

Este análisis debe incluir en primera medida lo afirmado por la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996, ya citada en precedencia, esto es, debe estudiarse si la medida de privación de la libertad correspondió a una actuación abiertamente desproporcionada y violatoria de los procedimientos legales.

Así mismo, debe estudiarse si la medida fue ilegal, si existieron irregularidades en el proceso penal, si la medida se sujetó a los requisitos formales y establecidos en la ley penal, si su imposición está motivada con claridad y suficiencia y, si se ajusta a los valores y derechos que consagra la Carta Política, así como a los parámetros fijados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en todo caso, se debe tener en consideración la gravedad del delito, la naturaleza de los bienes jurídicos tutelados, los antecedentes del sindicado, las circunstancias de haber sido aprehendido en flagrancia, el desacato a decisiones judiciales previas o a la asunción de una conducta reprochable con posterioridad a la ejecución del hecho punible⁷.

2. Si superado ese primer estudio se observa que aunque no existe reproche alguno a la actuación de la entidad en los términos señalados, el análisis de la responsabilidad se observará bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

3. Finalmente, en todos los casos sin excepción debe estudiarse la culpa exclusiva de la víctima como exonerante de responsabilidad, en otras palabras, cuando se advierta que el sindicado estaba en el deber jurídico de soportar la detención porque incurrió en una actuación dolosa o gravemente culposa desde el punto de vista civil⁸, hay lugar a declarar la culpa de la víctima, tal y como quedó consignado en la sentencia de unificación en cita, así ⁹:

Procede la Sala a modificar y a unificar su jurisprudencia en relación con los casos cuya litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación de la libertad, en el sentido de que, en lo sucesivo, cuando se observe que el juez penal o el órgano investigador levantó la medida restrictiva de la libertad, sea cual fuere la causa de ello, incluso cuando se encontró que el hecho no

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-634 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁸ Sobre la culpa de la víctima, ver Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Exp. No. 41820, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁹ El anterior análisis de conformidad con la sentencia de unificación de jurisprudencia de esta sección del 15 de agosto de 2018, Exp. 46947, M.P. Carlos Alberto Zambrano.

existió, que el sindicato no cometió el ilícito¹⁰ o que la conducta investigada no constituyó un hecho punible, o que la desvinculación del encartado respecto del proceso penal se produjo por la aplicación del principio in dubio pro reo, será necesario hacer el respectivo análisis a la luz del artículo 90 de la Constitución Política, esto es, identificar la antijuridicidad del daño.

Adicionalmente, deberá el juez verificar, imprescindiblemente, incluso de oficio, si quien fue privado de la libertad actuó, visto exclusivamente bajo la óptica del derecho civil, con culpa grave o dolo, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva.

Si el juez no halla en el proceso ningún elemento que le indique que quien demanda incurrió en esa clase de culpa o dolo, debe establecer cuál es la autoridad u organismo del Estado llamado a reparar el daño.

En efecto, se consideró que la valoración de la conducta pre procesal es competencia exclusiva del juez penal, por lo que el juez de la responsabilidad estatal no puede concluir que, la detención fue generada por la propia conducta de la víctima, pues con ello invadiría competencias de otras jurisdicciones y desconocería la decisión penal absolutoria.

De otro lado, el Consejo de Estado ha determinado que, lo más acertado es acudir en primer momento a revisar si se presentó una falla del servicio, y en caso de descartar esta, revisar si se pudo configurar un daño especial. De esta manera se advirtió en sentencia del 25 de febrero de 2022 emitida por la Sección Tercera – Subsección B en el proceso con radicado 19001-23-31-000-2012-00351-01:

En atención a lo afirmado por la Corte Constitucional en sentencias C-037 de 1996 y SU-072 de 2018 la metodología adecuada para abordar el estudio de responsabilidad en los casos de privación injusta de la libertad debe hacerse de la siguiente manera: i) en primer lugar se identifica la existencia del daño, esto es, debe estar probada la privación de la libertad de la que en este caso se derivan los perjuicios reclamados por los actores; ii) en segundo lugar, se analiza la legalidad de la medida de privación de la libertad desde una óptica subjetiva, esto es, se estudia si esta se ajustó o no (falla del servicio) a los parámetros dados por el ordenamiento constitucional y legal para decretar la restricción de la libertad, tanto en sus motivos de derecho como de hecho; iii) en tercer lugar, y solo en el caso

¹⁰ Cabe indicar que en la sentencia SU-072 de 2018, la Corte Constitucional dio a entender que las causales objetivas solo se dan cuando se encontró que el hecho no existió o la conducta investigada no constituyó un hecho punible.

de no probarse la existencia de una falla del servicio, la responsabilidad se analiza por un régimen objetivo (daño especial); iv) en cuarto lugar, en el caso de que se considere que hay sustento para declarar la responsabilidad estatal, ya fuere en un régimen de falla o uno objetivo, se procederá a verificar a qué entidad debe imputarse el daño antijurídico; v) aparte de lo anterior, en todos los casos, debe realizarse el análisis de la culpa de la víctima como causal excluyente de responsabilidad; vi) finalmente, en caso de condena, se procede a liquidar los perjuicios.

Primer problema jurídico

Teniendo en cuenta el recurso de apelación encuentra la Sala que el problema jurídico a dilucidar en el presente asunto es:

1. ¿Se dan las condiciones señaladas por la ley y la jurisprudencia, para declarar administrativamente responsables a las entidades demandadas por la privación de la libertad de que fue objeto el señor José Ancizar Sossa Pineda?

Tesis: la tesis que defenderá la Sala es que, no se cumplen con las condiciones legales y jurisprudenciales, que se han definido para declarar administrativamente responsables a las demandadas por la privación de la libertad de que fue objeto el señor Sossa Pineda, pues conforme se probó estaban dadas las condiciones señaladas en la ley, estaba en el deber jurídico de soportar esta carga.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo probado entrará la Sala a analizar cada uno de los puntos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

1. Lo primero que debe analizarse es si con la medida restrictiva de la libertad se incurrió en una falla en el servicio, régimen que por antonomasia es el aplicable para efectos de endilgarle responsabilidad a los entes estatales.

Se encuentra probado en el expediente respecto de la detención del señor Sossa Pineda que indagación se inició, a partir de una denuncia presentada por parte de unas de las víctimas, el 10 de agosto de 2014, respecto de los hechos ocurridos el mismo día, donde se indicó que, algunos sujetos armados ingresaron a hurtadillas a la vivienda ubicada en la carrera 23 Nro. 65-69, donde habitaba la señora Ligia Rosa Sierra de Álzate y su esposo (personas de edad avanzada: 80 y 96 años respectivamente), a quienes sometieron y los

encerraron en un cuarto mientras procedían al hurto de dinero y objetos de valor, en cuantía de (\$700.000.000,00).

Se allegó la copia del informe de investigación adelantado por la Fiscalía 20 Seccional de la Unidad de Reacción por los hechos denunciados el 10 de agosto de 2014, en donde se consignó que, fruto de la investigación el 02 de septiembre de esa anualidad se logró la captura de algunos autores de tan lamentable hecho, entre ellos a Jhon Faber Zuluaga López, quien señaló a un taxista de alias "Botas" como el que suministró la información de la casa donde se iba a llevar a cabo el hurto, y posteriormente lo reconoció en álbum fotográfico.

En el Informe de Investigación de Campo presentado por los Servidores de la Policía Judicial Torres Campiño Alexander, Wilson Trejos Gallego y José Alexander López Martínez, presentado al Fiscal 20 Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata, el 03 de septiembre de 2014, en el cual luego de narrar las actividades realizadas, presentan la siguiente conclusión:

"Sustentado en lo antes mencionado podemos denotar que existen elementos materiales probatorios razonablemente fundados, que permiten inferir la participación activa en la conducta delictual investigada por parte de los señores JOSÉ ANCÍZAR SOSA PINEDA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 16.075.081 expedida en la ciudad de Manizales Caldas, nacido el 10/01/1983 en Aguadas Caldas, y LUIS EMILIO JIMÉNEZ LERMA, identificado con cédula de ciudadanía Nro. 18.371.312 expedida en el municipio de La Tebaida Quindío, nacido el 19/12/1983 en La Tebaida Quindío, quienes desempeñaron diversos roles y funciones en la ejecución de su actuar delictivo, razón por la cual me permito solicitar muy respetuosamente a su despacho tenga a bien acudir ante el señor juez penal con función control de garantías en aras de lograr la expedición de órdenes de captura en contra de los antes descritos...."

Conforme a lo anterior, obra dentro de la investigación penal, el señalamiento directo y contundente que hizo uno de los partícipes directos del delito, señor Jhon Faber Zuluaga López, cuando en entrevista rendida ante el Investigador de la Fiscalía, voluntariamente y sin ningún tapujo sostuvo que "*....yo ya conocía esa casa porque desde hacía mucho tiempo estaban con el cuento de que ahí había mucha plata, a mí y a Chocolate nos había contado un taxista que le dicen "Botas", hace más de tres años nos había mostrado eso...*". ¿Y preguntado quien dio inicio para cometer el hurto? Contesto: "*...Eso fue Botas*";

De igual forma obra la ratificación de ese señalamiento se consolida en el Acta de Reconocimiento Fotográfico y Videográfico realizado el 02 de septiembre de 2014, en la

cual señor Jhon Faber Zuluaga López reconoce la fotografía Nro. 001 que corresponde a José Ancizar Sossa Pineda y afirma: *"...él es taxista y le dicen "Botas", Chocolate me contó que esta persona les mostró una casa en el cable, para un hurto. Lo conocía hace más o menos tres años por medio del Zurdo y me comunicó sobre la casa del cable..."*

De igual forma en el proceso penal, obran las anotaciones que reposan en el sistema SPOA se constata que José Ancizar Sosa Pineda figura como indiciado por el delito de hurto dentro de la noticia criminal Nro. 1700161069332011-00375 por hecho ocurridos 22 de octubre de 2010 en la carrera 21 con calle 75A de la ciudad de Manizales; y también figura como indiciado en la investigación Nro. 1700161067992012-80840 por el delito de Lesiones Personales agravadas, en hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012 en la carrera 22 con calle 17 de la ciudad de Manizales, situaciones que dieron soporte y veracidad a los señalamientos realizados contra el actor por los partícipes directos del delito investigado, pues no resulta descabellada su participación.

Así pues, encuentra esta Sala que, con ocasión a la denuncia presentada el 10 de agosto de 2014, se realizaron unas investigaciones resultado de las cuales fueron detenidos Seir Zuluaga Naranjo Y Jhon Faber Zuluaga López, quienes identificaron como coautor del hechos delictivos investigados al señor José Ancizar Sosa Pineda alias "BOTAS", identificado plenamente mediante reconocimiento en álbum fotográfico, es por ello que el 19 de septiembre de 2014, se adelantó una audiencia ante el Juzgado Octavo Penal Municipal con funciones de Control de garantías librándose orden de captura Nro. 045 en contra de José Ancizar Sosa Pineda, a solicitud de la Fiscalía Segunda Especializada, la cual se hizo efectiva por Agentes de la Policía Nacional el 23 de septiembre de 2014, procediendo a leerle sus derechos como capturado y dejarlo a disposición de la autoridad competente, en la misma fecha.

Posteriormente, en audiencia celebrada el día 24 de septiembre de 2014, el Juez Tercero Penal Municipal con funciones de Control de Garantías, a solicitud de la Fiscalía declaró legal la captura del indiciado José Ancizar Sossa Pineda; en la misma audiencia la Fiscalía se formuló imputación contra el señor Sossa Pineda como coautor del delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con el de secuestro simple y agravado, solicitándose imponer medida de aseguramiento -detención preventiva- en establecimiento Penitenciario y Carcelario contra el imputado, a la cual accedió el Juez.

Ahora bien, conforme a lo anterior, encuentra esta Sala de Decisión, respecto a los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que la Fiscalía sustentó la

solicitud de medida de aseguramiento indicando que contaba con suficientes elementos materiales probatorios y evidencia física que permitían en un primer momento inferir la comisión de un delito por parte del indiciado por la conducta de coautor del delito de hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con el de secuestro simple y agravado.

Posteriormente, de acuerdo a las pruebas que obran en el cartulario en audiencia de preclusión celebrada el 19 de enero de 2015 el Fiscal Segundo Especializado de Manizales presentó solicitud de preclusión ante el Juez de Control de Garantías, correspondiendo su conocimiento al Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales, toda vez que, señaló la fiscalía se quedó sin pruebas ,a raíz de la retractación de los testigos que habían identificado plenamente al señor Sossa Pineda como una de las personas que participó en el hecho delictivo.

De acuerdo con lo anterior, debe esta Sala precisar que, para el momento en que se impuso la medida de aseguramiento, detención preventiva intramural, la fiscalía y el Juez de Garantías contaban con suficientes elementos probatorios que indicaban la posible vinculación del señor José Ancizar Sosa Pineda, alias "Botas", en la comisión de los delitos de secuestro simple y hurto calificado y agravado, de que fueron víctimas la señora Ligia Rosa Sierra de Álzate y su esposo, en hechos ocurridos el 10 de agosto de 2014 en zona urbana de Manizales.

En tal medida, si bien el ahora demandante José Ancizar Sosa Pineda fue beneficiado con preclusión de la investigación, y, por ende, absuelto de todo cargo, lo cierto es que dicha decisión no obedeció a la existencia de una irregularidad o arbitrariedad de las autoridades judiciales que conocieron del proceso, sino que se dio en virtud de la retractación que hizo el principal acusador, lo cual dejó sin piso el fundamento que hasta entonces tenía la Fiscalía como teoría del caso.

De lo anterior la Sala encuentra que, la captura se ajustó a los postulados y directrices señalados en el artículo 297 de la Ley 906 de 2004, pues, para el momento en el cual se efectuó la captura del señor Sossa Pineda, existían "*motivos razonablemente fundados*" para inferir que el ahora demandante, participó en la comisión del delito que era objeto de investigación, puesto que fue vinculado a la investigación penal por una identificación plena por parte de los autores del delito de hurtado agravado y secuestro simple como uno de los coautores del hecho delictivo, sin que en momento alguno sus dichos se contradijeran o dieran lugar a dudas, tanto es así que el señor Sossa Pineda fue

identificado en reconocimiento de fotografías en álbum fotográfico de manera clara y precisa, por lo que en un principio se tenían serios indicios sobre la participación del actor en la conducta delictiva que tuvo lugar en los hechos ocurridos el 10 de agosto de 2014.

Lo expuesto permite concluir que la medida de aseguramiento impuesta al señor Sosa Pineda, no fue irracional y más bien, se ajustó a las circunstancias y elementos con los que contaban los funcionarios judiciales al momento de legalizar la captura, imputar cargos e imponer medida de aseguramiento detención preventiva intramural.

De otro lado, se destaca que, en este estadio inicial de la investigación penal, la ley no exige para disponer la captura, la existencia de una certeza de la responsabilidad penal, solamente exige que se encuentren "*motivos razonablemente fundados*" de la autoría o participación en el delito. Además, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que el señor Sosa Pineda era autor o partícipe del delito que se investigaba, más aún cuando fue capturado por una identificación clara, precisa y contundente por parte de 2 personas cuya participación en el delito investigado dio como resultado su condena por dicho hecho delictivo.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la captura cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo¹¹.

En este punto debe tenerse en cuenta el artículo 308 del C.P.P , el cual respecto de la medida de aseguramiento dispone:

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de mayo de 2017, expediente 41.533, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Conforme a la normativa en cita es claro que, en esta etapa previa del proceso penal, **no se exige certeza** ni de la autoría o participación en el delito ni del delito investigado, pues eso será objeto de verificación en el proceso penal, solo se exige una “inferencia razonable” de que “puede ser”.

De otro lado, se reitera que, la parte demandante no alega, ni la Sala encuentra que, para ese momento la Fiscalía conociera de otros elementos probatorios que pudieran desvirtuar esos motivos razonables que permitían inferir que el señor Sossa Pineda era autor o partícipe del delito que se investigaba y que pudieran desvirtuar las razones que sustentaban la necesidad y urgencia de la medida de aseguramiento.

Por tanto, como se dijo anteriormente, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico, pues la imposición de la medida de aseguramiento cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

Continuando con el análisis del desarrollo del proceso penal, se tiene que en audiencia celebrada el 19 de enero de 2015 el Fiscal Segundo Especializado de Manizales presentó solicitud de preclusión ante el Juez de Control de Garantías, correspondiendo su conocimiento al Juez Séptimo Penal del Circuito de Manizales, toda vez que la fiscalía se quedó sin pruebas a raíz de la retractación de los testigos que habían identificado plenamente al señor Sossa Pineda como una de las personas que participó en el hecho delictivo.

De lo expuesto se evidencia que, al momento de imponerse la medida de aseguramiento, existían los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia,

puesto que el actor fue capturado por una identificación clara y contundente por parte de 2 personas que participaron en el hecho delictivo como uno de los coautores del delito investigado, sin que obre prueba alguna de que la identificación del actor se adelantara de manera irregular o con violación al procedimiento establecido para ello.

En este sentido, si bien el ente acusador consideró que existían falencias en la evidencia probatoria para probar la autoría del delito investigado, por la retractación de las 2 personas que lo identificaron como coautor de los delitos de *"Secuestro simple en concurso heterogéneo con el tipo penal de hurto calificado y agravado"*, en un principio se contaba con serios indicios de la participación del señor Sossa Pineda en los delitos en mención.

De allí que, el término en que el aquí demandante estuvo privado de la libertad, en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, no resulta ilegal, irrazonable o desproporcionada teniendo en cuenta la gravedad de los delitos investigados, que no solo permitían, sino que aconsejaban la medida restrictiva de la libertad, además de la existencia de varios elementos de prueba que permitían inferir razonablemente que el señor José Ancizar Sossa Pineda era coautor del delito que le era imputado.

Por tanto, a pesar de la existencia del daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico pues la duración de la privación de la libertad en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, cumplió los criterios de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad, y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo.

2. Analizar la responsabilidad bajo los parámetros del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, pero que causa daño antijurídico a las personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo, tal y como sería cuando se evidencie que la persona no estaba llamada a soportar la privación, por haber sido exonerada por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente, porque el hecho no existió, o la conducta no constituía un hecho punible.

Estudio del daño especial

Cómo se expuso en líneas anteriores mediante la Sentencia de unificación de 5 de julio de 2018¹², la Corte Constitucional precisó que los artículos 90 de la Constitución Política de

¹² Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia SU-072 del 5 de julio de 2018.

Colombia y 68 de la Ley 270 de 1996 no establecen un título específico de imputación, sino que, por el contrario, prevén la posibilidad de que el juez adecúe la situación específica al título pertinente. Además, recordó que la falla en el servicio es el título de imputación preferente y que los títulos de responsabilidad objetiva son residuales, reservados para aquellos casos en que el régimen subjetivo es insuficiente para resolver la situación determinada¹³.

La Corte Constitucional también señaló que, *“la posibilidad que tienen los administrados de ser resarcidos cuando el Estado les ocasione un daño que no estaban en el deber de soportar en el marco de la privación injusta de la libertad es un derecho que se deriva de la efectividad de los derechos, la igualdad y la libertad, al paso de estar previsto en el artículo 90 de la Constitución y, en tal virtud, el criterio de sostenibilidad fiscal no se erige en una barrera para ofrecer la protección efectiva de tales derechos”*.

Sobre el daño especial, el Consejo de Estado¹⁴ en sentencia del 22 de noviembre de 2021 precisó que, este ocurre:

“en eventos en los cuales el sindicato sufre injustificada e inmerecidamente los rigores de la medida adoptada en debida forma por el órgano competente, pero, en tales casos, ello resulta de aplicación residual frente a la falla del servicio y puede presentarse en situaciones en las cuales el mismo reo no dio pie a la adopción de la medida dictada en su contra, donde la actuación del Estado se ajustó al ordenamiento jurídico, pero se causó un desequilibrio de las cargas públicas respecto del administrado, como cuando logra establecerse que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, eventos en donde el daño antijurídico resulta acreditado sin mayor arrojio.

Otra circunstancia sucede cuando en la sentencia penal se logra establecer que el sindicato no cometió la conducta o que fue absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, por cuanto, en estos casos, el juez penal debe concluir su veredicto luego de un riguroso análisis probatorio que permita calificar la conducta y verificar la participación del individuo en el ilícito al cual se lo vincula de cara a las pruebas que se recauden y valoren en el proceso penal respectivo, de cuya valoración se desprende la suerte procesal penal

¹³ En la providencia se afirmó: “Es necesario reiterar que la única interpretación posible –en perspectiva judicial– del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 es que el mismo **no establece un único título de atribución** y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*¹³, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante”.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Nicolás Yepes Corrales. sentencia del 22 de noviembre de 2021, Rad. 50001-23-31-000-2011-00436-01(58457)

del investigado, lo que implica el deber de auscultar tales circunstancias bajo la óptica del régimen subjetivo de falla del servicio¹⁵.

Debe la Sala reconocer, que es posible que el Estado, con su actuar legítimo, inflija daños a particulares, lo que conlleva, por razones de igualdad -frente a las cargas públicas- y de equidad, que la persona no deba soportarlo, como en este caso se predica respecto del demandante principal. Este análisis, como se mencionó, resulta acorde con el mandato del artículo 90 de la Constitución Política y lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-072 de 2018.

Al respecto, si bien en favor del ahora demandante se profirió por preclusión del proceso penal, lo cierto es que, dicha decisión no obedeció a que el hecho factico investigado no existió o la conducta era objetivamente atípica, sino que se dio tras la imposibilidad de identificar al sindicado como autor de la conducta investigada, escenario para el cual el estudio de la responsabilidad estatal como lo señala expresamente la sentencia en cita, se traslada de un escenario de análisis objetivo como es el daño especial a un escenario de análisis subjetivo de falla en el servicio.

En este orden de ideas, y de acuerdo a la postura asumida por el Consejo de Estado el régimen de daño especial es un título jurídico de imputación que tiene cabida en asuntos de privación de la libertad en que se demuestre que el hecho que pretendía imputarse al detenido no existió o la conducta era objetivamente atípica, no siendo este, el caso de marras.

Por lo tanto, en este caso, la Sala reitera que a partir del análisis subjetivo de la falla del servicio -título que debe ser utilizado en el presente caso- no existió una conducta reprochable en cabeza de las entidades accionadas, pues estas actuaron con base a las pruebas existentes y especialmente en la identificación positiva del señor José Ancizar Ossa Pineda como uno de los coautores de los hechos delictivos investigados.

En este punto cabe resaltar que, no nos encontramos dentro de los casos hipotéticos que permiten el estudio de la responsabilidad bajo el título del daño especial, pues, pese a que se solicitó la preclusión del proceso penal adelantado contra el señor Ossa Pineda, ello no desdibuja que para el momento en que se tomó la decisión de la privación de la libertad de manera preventiva, la misma no se hubiera realizado atendiendo todos y cada uno de los requerimientos legales para la toma de esa decisión, además la identificación positiva

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-072 de 2018. FJ. 105 a 107 y 120 a 127.

del señor Sossa Pineda como coautor del delito de *"Secuestro simple en concurso heterogéneo con el tipo penal de hurto calificado y agravado"*, en su momento no ofrecían dudas de la participación del actor en el delito por el cual fue acusado, cosa distinta es que en el transcurso del proceso penal los testigos que tenían conocimiento directo de la comisión del delito, por el cual fueron condenados, cambiaran su versión, lo que condujo a la solicitud de preclusión del proceso penal.

En este orden de ideas, evidencia con suficiencia esta Sala, que la medida de aseguramiento de la que fue objeto el señor José Ancizar Ossa Pineda, obedeció a una actuación legítima del Estado, con observancia de las normas y protección de los derechos y garantías del investigado, siendo soportada la misma en evidencia que en un principio daba lugar a presumir la responsabilidad del actor en el hecho punible investigado, el cual por su gravedad resulta proporcionada con la medida preventiva solicitada por parte de la Fiscalía y decretada por el Juez de garantías, decisión que no fuera objeto de apelación conforme a las pruebas que obran en el cartulario.

Conforme a lo anterior, considera el Tribunal que de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, es claro que respecto a la privación de la libertad de que fue objeto el actor por el lapso de tiempo comprendido entre **el 23 de septiembre de 2014 y el 19 de enero de 2015**, la misma no constituye un daño antijurídico que no estuviera en la obligación de soportar, ya que como se expresó en líneas anteriores, la misma se fundamentó en el señalamiento que se hiciera por parte de testigos que lo señalaron como la persona que efectuó los hechos delictivos de *"Secuestro simple en concurso heterogéneo con el tipo penal de hurto calificado y agravado"* por lo que la medida resultó proporcionada teniendo la gravedad del delito imputado al actor, además que fue decretada en observancia al procedimiento establecido para ello con acatamiento de las garantías constitucionales y legales a favor del acusado.

Es para la Sala de mucha importancia de acuerdo a las reglas de la sana crítica, que la primera versión de los delatores señores Seir Zuluaga Naranjo Y Jhon Faber Zuluaga López, tenga un gran valor, más aún que fueron consistentes en el reconocimiento del ahora actor en la diligencia de reconocimiento fotográfico, como la persona que, informó sobre la vivienda y en la que se debía cometer el ilícito, a pesar de que el retracto de su versión efectivamente conllevara a la Fiscalía a reconocer el in dubio pro reo.

En este orden de ideas la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada.

COSTAS

En el presente asunto, no se condenará en costas toda vez que no existió actuación alguna en sede de segunda instancia que justifique su reconocimiento.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de marzo de 2022 proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso que por el medio de control de **reparación directa** instauraron **JOSÉ ANCIZAR SOSSA PINEDA Y OTROS** contra la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL** y la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

SEGUNDO: SIN COSTAS.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen para lo pertinente. Háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 03 de agosto de 2023, conforme acta nro. 044 de la misma fecha.



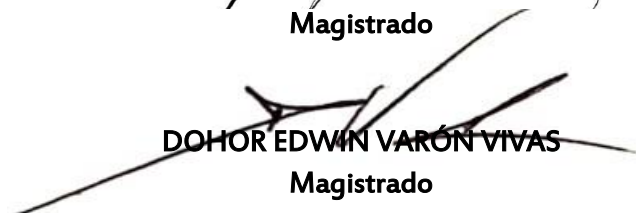
CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN

Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 135 del 08 de agosto de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.048

Auto:	Requerimiento
Acción:	Popular
Radicación:	17-001-23-00-000-2012-00192-00
Accionante:	Adriana Tabares Álzate
Accionado:	Municipio de Manizales, Corporación Autónoma Regional de caldas - CORPOCALDAS

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Mediante escrito visible en el archivo 019 del cuaderno de incidente que obra en el expediente híbrido, la señora Adriana Tabares Álzate en calidad de accionante, informó que existe incumplimiento por parte de la Secretaría de Obras Públicas del Municipio de Manizales y de Corpocaldas en tanto “(...) desde el 8 de marzo de 2016 en comité de verificación se evidencia que sí quedan puntos pendientes por continuar y terminar. (...) hasta el momento no han continuado con la obra y cada día se afecta mas la vía y el predio aledaño”.

ANTECEDENTES

En el presente asunto, a través de sentencia proferida por este Tribunal el 21 de noviembre de 2013, se dispuso aprobar el acuerdo alcanzado por las partes dentro de la audiencia especial de pacto de cumplimiento celebrada el nueve (9) de septiembre de 2013 y reanudada el veintiuno (21) de octubre de 2013, y en consecuencia, se dispuso:

***Segundo. APROBAR** el pacto de cumplimiento suscrito por las partes en la audiencia especial celebrada el 9 de septiembre y el 21 de octubre de 2013, dentro del trámite de la acción popular promovida por la señora Adriana Tabares Álzate en contra del Municipio de Manizales y la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS en la cual se ordenó vincular al Instituto de Cultura y Turismo de Manizales, cuyo texto es el siguiente:*

El Municipio de Manizales apropiará los recursos y llevará a cabo las gestiones administrativas, contractuales y financieras necesarias para ejecutar las obras recomendadas por CORPOCALDAS en el informe técnico visible a folio 211 vto, del cuaderno principal, como se describe a continuación: los puntos 1, 2 y 3 del informe se realizarán en el primer semestre de la vigencia fiscal 2014, y los puntos 4 a 7 dentro del segundo semestre del mismo período fiscal, precisando que las especificaciones técnicas del primer punto están sujetas a un ajuste que se efectuará previa concertación con CORPOCALDAS.

CORPOCALDAS acompañará y asesorará técnicamente al Municipio de Manizales en la ejecución de las obras referidas, y previo al inicio de las mismas realizará un levantamiento topográfico y el aportará al Municipio de Manizales los planes detallados de la zona a intervenir.

La Personería de Manizales, la señora actora popular y CORPOCALDAS realizará las labores de acompañamiento, orientación y educación de los habitantes de la zona comprometida con los hechos de la acción popular, incluida especialmente la actora popular, con el objetivo de que efectúen prácticas adecuadas de uso del suelo que preserven las obras a ejecutar y las condiciones óptimas de los terrenos en orden a prevenir el riesgo.

Tercero. NÓMBRASE un comité de verificación que estará integrado, además de esta Corporación en cabeza del Magistrado Ponente de esta providencia, por el señor el señor Alcalde del Municipio de Manizales o su representante, quien lo presidirá, convocará e informará; el Personero Municipal, el actor popular, un Representante de CORPOCALDAS y el Defensor del Pueblo – Regional Caldas o su delegado.

Dicho comité será convocado dentro de los cinco (5) primeros días hábiles del mes de julio de 2014 y deberá presentar un primer informe dentro de los 5 días hábiles siguientes al Despacho del Magistrado Sustanciador, en el cual deberá consignar todo lo relacionado con la ejecución y finalización de las obras realizadas, en cumplimiento del acuerdo que ahora se aprueba. Del mismo modo, deberá reunirse dentro de los cinco (5) primeros días del mes de diciembre del año 2014 y presentar un segundo informe con el mismo contenido del primero dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes.

De manera previa a la presente solicitud, la señora Adriana Tabares Álzate había solicitado apertura de incidente el 30 de junio de 2022, por lo que este Despacho, previo el trámite pertinente decidió en auto del 28 de noviembre de 2022 negar la apertura del incidente.

En aras de obtener el efectivo cumplimiento de la sentencia del 21 de noviembre de 2013 y de garantizar la protección de los derechos colectivos amparados, así como para examinar la procedencia de la apertura del incidente de desacato contra el Municipio de Manizales, el Despacho, previa apertura del incidente mencionado, requerirá a la autoridad referida para que informe lo pertinente en relación con el cumplimiento de la sentencia y se pronuncie respecto del memorial allegado por la parte accionante.

Por lo anterior, el Despacho dispone:

Por Secretaría, **REQUIÉRASE** al Municipio de Manizales y a Corpocaldas, para que dentro del improrrogable término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la comunicación, se sirvan rendir informen a este Tribunal, por el medio más eficaz, sobre el cumplimiento del fallo proferido por esta Corporación del 21 de noviembre de 2013, dentro de la acción popular de la referencia.

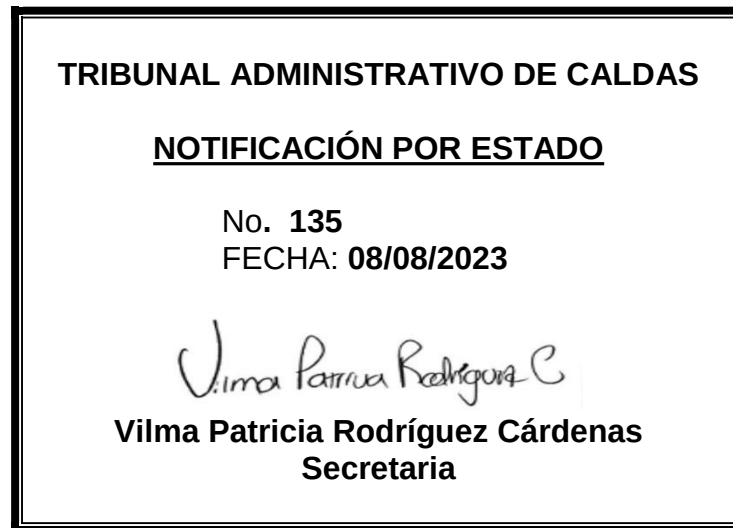
En caso de encontrarse incumplimiento al mencionado fallo se dará aplicación a los artículos 33, 34, 35 y 41 de la Ley 472 de 1998.

ADVIÉRTESE a las partes y demás intervinientes que la información y documentación requerida así como los poderes, sustituciones de poder u otros documentos que pretendan que sean tenidos en cuenta en este trámite, deberán remitirlos únicamente al correo dispuesto para tal fin, esto es, a la cuenta sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE el presente auto por estado electrónico, según lo dispone el artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **c7abf391ee36d2ae2ce6ab18249c4f2fabbbfecea218e233ce5e51fc8aebc9f5c**

Documento generado en 04/08/2023 03:58:45 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.I.237

Auto:	Apertura incidente
Acción:	Popular
Radicación:	17001-23-33-000-2017-00496-00
Accionante:	Ana Mery Patiño Gutiérrez
Accionado:	Fondo Adaptación, Unidad Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, Nación - Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Nación - Ministerio de Ambiente y Desarrollo, Caja de Compensación Familiar del Valle del Cauca Comfamiliar Andi

Manizales, cuatro (04) de agosto dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Se pronuncia el Despacho sobre la apertura de incidente de desacato en el proceso de la referencia, en relación con el cumplimiento del fallo judicial por parte del Fondo Adaptación.

ANTECEDENTES

En sentencia proferida por este Tribunal el 15 de mayo de 2020 en este asunto, la Sala quinta de decisión de esta Corporación declaró que el Fondo Adaptación es responsable de la vulneración del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, y en consecuencia, se dispuso:

(...)

Quinto. ORDENAR al Fondo Adaptación realizar, en el término de dieciocho (18) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, los proyectos o gestiones necesarias para dar solución de vivienda a los ciudadanos enlistados como afectados en la demanda y su corrección, teniendo en cuenta la forma y términos establecidos en el plan de elegibilidad adelantado por el Fondo Adaptación.

Sexto. CONFORMAR un comité de verificación que estará integrado por el Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales o quien haga las veces de Ministerio Público ante el Despacho del Magistrado Ponente, quien lo presidirá, convocará e informará, la señora Ana Mery Patiño Gutiérrez, en calidad de parte demandante, el señor Personero del Municipio de Manizales, un representante del Ministerio de Vivienda, un representante del Fondo Adaptación y el Defensor del Pueblo – Regional Caldas o su delegado. A dicho comité se le informará por el Fondo Adaptación las actividades desarrolladas en cumplimiento de las órdenes dispuestas por la Sala, a su vez, el presidente del comité deberá presentar los informes previstos en esta providencia con destino a esta corporación judicial. El comité se reunirá trimestralmente e informará al Tribunal Administrativo de Caldas con destino a este expediente, conforme a lo dispuesto en esta providencia.

(...)

El señor Procurador Judicial que preside el Comité de verificación en escrito remitido a este Despacho, solicitó conminar al Fondo de Adaptación para que en un plazo no superior a un mes, resuelva de manera definitiva las situaciones contractuales y se defina el cronograma y contratista encargado de ejecutar las obras.

Así mismo solicitó que en caso de verificar el incumplimiento del requerimiento realizado por el Despacho, se diera inicio al incidente de desacato regulado en el artículo 41 de la ley 472 de 1998.

En auto del 10 de marzo de 2023, el Despacho requirió a la autoridad referida para que informara lo pertinente en relación con el cumplimiento de la sentencia y se pronunciara respecto del memorial allegado por el señor Procurador Judicial.

El Fondo Adaptación refirió en memorial que obra en el archivo 16 del cuaderno del incidente, que de manera previa a la recepción de notificación del fallo proferido en el presente asunto, estructuró y suscribió el 5 de mayo de 2020 el Contrato de obra n° FA-CD-I-S-107-2020 con el CONSORCIO CONDAN 45, cuyo objeto es “Ejecución y entrega de viviendas en el Departamento de Caldas”, con alcance inicial para la adquisición de 45 unidades de vivienda en un plazo inicial de 16 meses.

Precisó que el proyecto se desarrolla en un predio del Municipio de Manizales, por lo que ha requerido autorizaciones del Concejo Municipal y la Curaduría Urbana de Manizales que han derivado en la suspensión del contrato por varios meses.

Indicó que la interventoría del contrato en oficio del 7 de septiembre de 2022 emitió concepto de la solicitud de adición presupuestal y prórroga del contrato de obra respecto de la solicitud de adición presupuestal por ampliación de alcance contractual en 11 viviendas, frente al cual el Fondo Adaptación en oficio No. E-2022-026129 del 12 de octubre de 2022 afirmó que no se encontró justificación técnica, jurídica o financiera sobre las causales que originan la solicitud.

Adujo que el contrato n° FA-CD-I-S-107-2020 a la fecha se encuentra suspendido en etapa de pre construcción y con avance de ejecución del 0%, con motivo del procedimiento adelantando el Fondo Adaptación respecto de las solicitudes por parte de los contratistas relacionadas con modificación del alcance al objeto contractual para la adición de once (11) unidades de vivienda; ajuste del valor de unidad de vivienda por cambio de vigencia y prórroga del plazo de ejecución, entre otros.

Posteriormente, en auto del 9 de mayo de 2023, el Despacho dio apertura al incidente de desacato contra la señora Fanny Jeannette Mora Monroy Gerente (e) del Fondo Adaptación, por el incumplimiento de la sentencia dictada por este Tribunal en el presente asunto.

En memorial remitido al Despacho por la mencionada funcionaria el 15 de mayo del presente año a través de apoderado (archivo 21, cuaderno incidente), precisó que para dicha fecha no tiene asignación de funciones como gerente de la entidad, sino que se desempeña como Secretaria General de la misma.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho se comunicó de manera telefónica el 4 de agosto de 2023 con el Fondo Adaptación a la línea 601 43 25 400 opción 3, la cual obra en la página web de la entidad como un canal de contacto, constatando que actualmente el Gerente de la entidad es el señor Olmedo de Jesús López y no la señora Fanny Jeannette Mora Monroy.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 41 de la Ley 472 de 1998, que regula el trámite de la acción popular, establece en su tenor literal lo siguiente:

***Artículo 41. Desacato.** La persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, conmutables en arresto hasta de seis meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.*

La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta se hará en el efecto devolutivo.

Teniendo en cuenta lo anterior, atendiendo lo previsto en el artículo 129 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, se ordenará que por la Secretaría de esta Corporación se corra traslado al señor Olmedo de Jesús López, Gerente (e) del Fondo Adaptación, por el término de tres (3) días, haciéndole entrega del presente auto y del escrito incidental con los documentos anexados por el señor Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, en calidad de Presidente del comité de verificación de cumplimiento del fallo proferido en este asunto, para que presente las explicaciones pertinentes, solicite las pruebas que pretenda hacer valer, acompañe los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.

De conformidad con lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

Primero. DESVINCULAR a la señora Fanny Jeannette Mora Monroy del presente trámite incidental teniendo en cuenta que actualmente se desempeña como Secretaria General del Fondo Adaptación.

Segundo. ABRIR formalmente incidente de desacato contra el señor Olmedo de Jesús López Gerente (e) del Fondo Adaptación, por el incumplimiento de la sentencia dictada por este Tribunal el quince (15) de mayo de dos mil veinte (2020), dentro de la acción popular de la referencia.

En consecuencia,

Tercero. NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al señor Olmedo de Jesús López Gerente (e) del Fondo Adaptación, haciéndole entrega del presente auto y del escrito incidental con los documentos anexados por el señor Procurador 29 Judicial II para Asuntos Administrativos de Manizales, en calidad de Presidente del comité de verificación de cumplimiento del fallo proferido en este asunto, y **CÓRRASE** traslado por el término de tres (3) días para que presente las explicaciones pertinentes, solicite las pruebas que pretenda hacer valer, acompañe los documentos y pruebas anticipadas que se encuentren en su poder, en caso de que no obren en el expediente.

Notifíquese y cúmplase.

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **135**
FECHA: **08/08/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **29bf1ac8c2ff8fc4491424e31c8e9e5575890e280c7e1bbdbe00f5f457833bd1**

Documento generado en 04/08/2023 03:56:24 PM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 117

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00439-00
Demandante:	Leyde Aguirre Martínez
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 039 del 04 de agosto de 2023

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 179 –inciso final– y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Leyde Aguirre Martínez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Departamento de Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 11 de septiembre de 2019 (Pág.2, archivo 01, exp. digital) se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad parcial de las Resoluciones n° 9653-6 del 3 de diciembre de 2018, y n°1923-6 del 29 de marzo de 2019, expedida por la

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con las cuales se negó la liquidación de las cesantías parciales de la parte demandante con el régimen de retroactividad.

2. Que se declare que la parte actora tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, le reconozca y pague la cesantía con el régimen de retroactividad.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, a reconocer y pagar a favor de la parte demandante las cesantías parciales del 02 de septiembre de 1993 al 30 de diciembre de 2018 con el régimen de retroactividad a que tiene derecho por cumplir los requisitos de ley, se ordene pagar la diferencia no pagada.
4. Que se condene a la parte accionada a que ajuste las sumas adeudadas conforme al IPC, según lo previsto por el inciso final del artículo 187 del CPACA.
5. Que se condene a la parte demandada a dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (página 9, archivo 01):

1. La señora Leyde Aguirre Martínez fue nombrada como docente mediante Decreto n°211 del 26 de agosto de 1993 por parte del Municipio de Chinchiná.
2. La parte actora tomó posesión del cargo mediante acta 212 del 2 de septiembre de 1993 por parte del Municipio de Chinchiná, Caldas.
3. La parte actora al ser de vinculación municipal financiada es beneficiaria del régimen de retroactividad de las cesantías como docente.
4. Mediante convenio entre el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Hacienda, el Municipio de Chinchiná y el Departamento

de Caldas se incorporó a la parte actora al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5. El Departamento de Caldas a través de Decreto incorporó a la parte actora a la planta de cargos docentes del ente territorial.
6. La parte actora solicitó el 26 de noviembre de 2018 el reconocimiento y pago de cesantías con destino a compra de vivienda por la suma de \$79.840.000 en calidad de docente municipal financiado.
7. En Resolución 9653 del 3 de diciembre de 2018 le fue reconocida la cesantía parcial por valor de \$51.730.906 por el régimen de anualidad.
8. El 20 de diciembre de 2018 la parte actora radicó recurso de reposición contra la anterior decisión.
9. La entidad demandada en la Resolución n°1923 del 29 de marzo de 2019 negó el recurso interpuesto.
10. La parte actora por ser docente municipal financiado tiene derecho a que se le reconozca la cesantía con el régimen de retroactividad.
11. Las entidades demandadas liquidaron mal las cesantías parciales de la parte demandante ya que debían ser liquidadas con el régimen de retroactividad y no con el de anualidad.

Normas violadas y concepto de la violación

Expresó que las pruebas en el presente asunto acreditan que la parte actora tiene la calidad de docente “municipal financiado”, por lo que el régimen prestacional que se le aplica es el de los empleados del orden territorial, integrado por el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, el artículo 1 de la Ley 65 de 1946 y el artículo 6 del Decreto 1160 de 1947.

Precisó que de acuerdo con esas normas las cesantías deben pagarse con retroactividad, pagando un mes de salario por cada año de servicios, computando todo el tiempo trabajado teniendo en cuenta el último salario devengado y todo lo que implique retribución ordinaria de servicios.

Afirmó que el régimen de cesantías del sistema de retroactividad se rige por la Ley 6 de 1945 y se aplica a servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996.

Adujo que de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 91 de 1989 y el artículo 2 del Decreto 196 de 1995 la parte actora tiene el carácter de docente municipal de recursos propios y el régimen de cesantías a que tiene derecho es el que corresponde a los empleados del orden territorial.

Citó el artículo 6 de la Ley 60 de 1993, el artículo 176 de la Ley 115 de 1994 y el Decreto 196 de 1995, para concluir que a los docentes que se encontraban vinculados a las entidades territoriales antes de la vigencia del Decreto mencionado les asiste derecho a ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio conservando el régimen de cada entidad territorial.

Afirmó que lo anterior es así, puesto que a los docentes territoriales vinculados entre el 1º de enero de 1990 y el 31 de diciembre de 1996 se les debe aplicar para el reconocimiento de cesantías, la Ley 344 de 1996, y no como lo viene haciendo el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representado y dentro del término oportuno, el Departamento de Caldas contestó la demanda (Archivos 06 a 09, C.1), de la siguiente manera.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda, indicando que a la accionante no le asiste derecho a la aplicación del régimen retroactivo de cesantías, en tanto, el numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone dos regímenes para el pago de cesantías a docentes, el primero, para aquellos vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, y el segundo, para aquellos vinculados con posterioridad al 1º enero de 1990.

Manifestó que la accionante se vinculó como docente con posterioridad al 1º de enero de 1990, como lo expone en el hecho primero de su demanda, por lo que le es aplicable el régimen consagrado en el literal b del artículo anteriormente mencionado, esto es, sin retroactividad.

Citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado³ sobre el reconocimiento de cesantías a docentes, del que concluye que la Ley 91 de 1989 prevé un régimen especial para tal efecto, por lo que no le son aplicables al personal docente la Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1996, la Ley 65 de 1946, el Decreto 1160 de 1947, la Ley 344 de 1996, entre otras.

³ Sección Segunda, Subsección A, Radicado 63001-23-31-000-2003-01125-01 (0620-09) del 25 de marzo de 2010, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

Concluyó que a la accionante, en una correcta aplicación de la Ley 91 de 1989 y de acuerdo a la fecha de nombramiento y posesión como docente, se le aplicó correctamente la ley en lo referente al reconocimiento y pago de las cesantías solicitadas.

Propuso a título de excepciones las que denominó: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”*, sobre la base que ese departamento no tiene competencia para desembolsar dineros, ni reconocer derechos, pues esta competencia radica en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad encargada de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones a los docentes y directivos docentes de nivel nacional; *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”*, que fundamenta en las mismas razones expuestas como sustento del primer medio exceptivo; y *“PRESCRIPCIÓN”*, aduciendo que en caso de que se acceda a las súplicas de la demanda, se aplique la prescripción trienal de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3115 de 1965.

Nación Ministerio de Educación Nacional

De acuerdo con la constancia que obra en el archivo 12 del expediente, la entidad no radicó contestación a la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal únicamente intervino la parte demandada Nación - Ministerio de Educación Nacional expresando que en la actualidad, el procedimiento para reconocer una prestación, incluyendo el pago de cesantías, es un procedimiento complejo que involucra a la entidad territorial y a la Fiduprevisora S.A., de acuerdo con el artículo 56 de la Ley 962 de 2005.

Expresó que la solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas debe presentarse ante la última entidad territorial en educación que haya ejercido como autoridad nominadora del afiliado. Las secretarías de educación respectivas deben recibir y radicar las solicitudes, expedir las certificaciones, subir a la plataforma los proyectos de acto administrativo, suscribir los actos administrativos de reconocimiento y remitir a la sociedad fiduciaria copia de los actos administrativos con la constancia de ejecutoria.

Por otra parte, el artículo 1 de la ley 91 de 1989, numeral 3, precisó que los docentes territoriales –como es el caso del demandante- son aquellos

«vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975»

Precisó que respecto de la ley 344 de 1996 por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, a partir de su entrada en rigor, esto es, el 31 de diciembre de 1996.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 28 Judicial II Administrativo no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 11 de septiembre de 2019, y allegado el 16 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (página 64, archivo 01).

Admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 16 de septiembre de 2020 se admitió la demanda (archivo 02, expediente digital); que una vez notificada fue contestada oportunamente por el Departamento de Caldas (archivo 07). La parte actora no se pronunció en relación con las excepciones formuladas según constancia visible a folio 12 del expediente.

Audiencia inicial. El 19 de marzo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para fijar fecha para audiencia inicial (archivo 12).

Trámite para sentencia anticipada. A través de auto del 14 de octubre de 2021⁴, el Magistrado Ponente de esta providencia difirió la decisión de las excepciones al momento de proferir sentencia. De otra parte y de conformidad con el parágrafo 2º del artículo 175 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA1), modificado por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, el Despacho sustanciador consideró que se daban los supuestos para proferir sentencia anticipada en este asunto, por lo que incorporó pruebas y corrió traslado para alegar de conclusión.

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Durante el término conferido únicamente intervino la entidad demandada Ministerio de Educación

⁴ Archivo n° 14 del expediente digital.

Nacional⁵. El Ministerio Público guardó silencio.

Paso a Despacho para sentencia. El 22 de junio de 2022, el proceso ingresó a Despacho para sentencia⁶, la que se dicta en seguida precisando 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

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad parcial de las Resoluciones n° 9653-6 del 3 de diciembre de 2018, y n°1923-6 del 29 de marzo de 2019, expedida por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, con las cuales se negó la liquidación de las cesantías parciales de la parte demandante con el régimen de retroactividad.

Como consecuencia de tal declaración, solicita que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías parciales de manera retroactiva, tomando como base el tiempo de servicios a partir de su vinculación como docente, es decir, desde el 2 de septiembre de 1993 y liquidada sobre el último salario devengado a la fecha de presentación de la solicitud de cesantías parciales con la totalidad de factores salariales.

A título de restablecimiento del derecho solicita el pago de la diferencia de valor existente entre lo reconocido por cesantía parcial en el acto administrativo acusado y lo que se le debió reconocer dando aplicación al régimen retroactivo.

Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio, el problema jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar las siguientes cuestiones:

- *¿La demandante tiene derecho o no, a la reliquidación de sus cesantías*

⁵ Archivo n° 17 del expediente digital.

⁶ Archivo n° 19 del expediente digital.

parciales conforme al régimen retroactivo, pese a que su vinculación al magisterio fue posterior a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989?

Para despejar las cuestiones planteadas, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** marco jurídico del régimen de cesantías en el ramo docente; y **iii)** examen del caso concreto.

Marco jurídico del régimen de cesantías en el ramo docente

El artículo 1º de la Ley 91 de 1989 distingue tres categorías de docentes, así:

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

Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1. de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.

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

PARÁGRAFO. *Se entiende que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad.*

En este orden de ideas, los docentes nacionalizados son aquellos que fueron nombrados antes del 1º de enero de 1976, o los nombrados a partir de dicha fecha con cumplimiento de la Ley 43 de 1975.

Ahora, no obstante que en el articulado de la Ley 43 de 1975 no se observa norma específica que establezca condiciones para que las entidades territoriales puedan nombrar docentes en vacantes nacionalizadas, de un estudio sistemático de esa disposición se desprende que con la misma norma el legislador estableció las reglas que deben cumplirse en el proceso de nacionalización de la educación, esto es, el proceso mediante el cual la Nación asumió los gastos de la educación que hasta antes del año 1976 estaba a cargo de las entidades territoriales.

En virtud de lo anterior, en los casos de nombramiento de docentes se requería entonces determinar si la vacante era nacionalizada, y de serlo, se exigía el concepto previo del Ministerio de Educación Nacional a través de su representante, que era el FER, de que existía disponibilidad presupuestal,

esto es, que la Nación disponía de recursos para asumir el pago de los gastos de nómina y prestaciones sociales del docente.

De lo contrario, esto es, si no existía certificado del FER, el docente sería nombrado con cargo a la entidad territorial, por lo que ostentaría la calidad de docente territorial.

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

***Artículo 10.** En adelante ningún Departamento, Intendencia o Comisaría, ni el Distrito Especial, ni los Municipios podrán, con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria; ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional.*

Frente al régimen de liquidación de cesantías para docentes, la Ley 91 de 1989 establece:

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

1. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1o. de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.

(...)

3. Cesantías:

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

contrario sobre el salario promedio del último año.

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

En relación con el tema objeto de debate, el Consejo de Estado⁷ ha precisado:

“DE LAS CESANTIAS DE DOCENTES NACIONALIZADOS

La Ley 91 de 1989 “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, regula lo concerniente a las prestaciones sociales tanto de los docentes nacionalizados como de los docentes nacionales.

*En su artículo 1º, distingue a los docentes nacionales de los **nacionalizados**, en el sentido de que los primeros, son los que se vinculan por nombramiento del Gobierno Nacional, y los segundos, **son los que se vinculan por nombramiento de la entidad territorial antes del 1º de enero de 1976** y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 43 de 1975 ⁸.*

(...)

Por su parte, el Numeral 1º de su artículo 15 establece, que a partir de su

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Auto del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 63001-23-31-000-2003-01125-01(0620-09).

⁸ Cita de cita: **Ley 43 del 11 de diciembre de 1975 “Por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones”. Artículo 10º.-** “En adelante ningún departamento, intendencia o comisaría, ni el Distrito Especial, ni los municipios podrán con cargo a la Nación, crear nuevas plazas de maestros y profesores de enseñanza primaria o secundaria, ni tampoco podrán decretar la construcción de nuevos planteles de enseñanza media, sin la previa autorización, en ambos casos, del Ministerio de Educación Nacional”.

vigencia, el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1º de enero de 1990, se regirá de la siguiente manera: los **docentes nacionalizados** que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes, y los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990, para los mismos efectos, se regirán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan en el futuro con las excepciones consagradas en esta ley.

De manera particular, en lo que a las **cesantías** hace referencia, el numeral 3º de este mismo artículo señala, que a partir de su vigencia, **para docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989**, dicho Fondo 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. Y 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 solo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes a 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 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 continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional.

Se deduce entonces, que la Ley 91 de 1989 estableció un régimen que reguló la situación de los docentes, en atención al proceso de nacionalización de la educación previsto en la Ley 43 de 1975 y que implicaba la existencia tanto de docentes vinculados por la Nación como de docentes que habiendo sido vinculados por una entidad territorial, serían nacionalizados.

Los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial y los docentes nacionales y los vinculados a partir del 1º de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los

empleados públicos del orden nacional". (Negrillas del texto, líneas de la Sala).

El 16 de julio de 2020, la misma Corporación⁹ con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez expresó:

"Visto lo anterior, se concluye:

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

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

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

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

En este sentido, el personal docente que continuaba con vinculación departamental, distrital y municipal¹⁰ sería incorporado al Fondo Nacional de

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020). Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00169-01(2320-18). Actor: ANA MERCEDES HERNÁNDEZ MORALES. Demandado: MINISTERIO DE EDUCACIÓN, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

¹⁰ Docentes designados por los entes territoriales sin el cumplimiento de las previsiones del artículo 10 de la Ley 43 de 1975, esto es, en plazas nuevas que no contaran con el aval de la Nación, los que conservaban el régimen prestacional de cada entidad territorial.

Prestaciones del Magisterio y se les respetaría el régimen prestacional vigente de la respectiva entidad territorial.

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

Adicionalmente se expresó en la mencionada providencia:

“En virtud de los supuestos fácticos del presente caso, y tal como lo ha señalado esta Subsección en asuntos similares¹¹, no obstante la demandante fue vinculada como docente oficial por el gobernador del Departamento de Boyacá para laborar en una institución educativa de dicho ente territorial desde el 31 de enero de 1991, este nombramiento se realizó:

i) Con posterioridad al proceso de nacionalización desarrollado por la Ley 43 de 1975 que inició el 1. de enero de 1976 y finalizó el 31 de diciembre de 1980, y, en esa medida, se le aplica el régimen prestacional y salarial de los docentes del orden nacional señalado en la Ley 91 de 1989, toda vez que las Leyes 60 de 1993 y 115 de 1994 mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los docentes que se incorporen sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas departamentales y distritales a partir del 1. de enero de 1990.

ii) Con las facultades legales otorgadas por el artículo 9. de la Ley 29 de 1989 a los alcaldes y gobernadores para nombrar, trasladar, remover, controlar y, en general administrar el personal docente y administrativo de los establecimientos educativos nacionales o nacionalizados y cuyo nombramiento contaba con el aval del ministerio de Educación Nacional.

iii) De igual manera, no es posible equiparar las condiciones salariales y prestacionales de docentes a las de los demás empleados del régimen general territorial o a aquellos que conservaron esta condición con anterioridad a la Ley 91 de 1989, en tanto que los docentes ostentan un régimen especial y en esa medida gozan de unas previsiones especiales en cuanto a ingreso, ascenso y prestaciones, independientemente de su condición de empleado público.

¹¹ Sentencias de la Sección Segunda, Subsección A: ((i) de 22 de febrero de 2018 (número interno 5085-2016), 30 de noviembre de 2017 (número interno 4992-2015), 27 de noviembre de 2017 (número interno 0472-2016) y 19 de octubre de 2017 (número interno 5010-2015); y (ii) de 19 de enero de 2015 (número interno 4400-2013) y 25 de marzo de 2010 (número interno 0620-2009).

iv) Entonces, en el aspecto puntual de la liquidación de cesantías de los docentes vinculados con posterioridad al 1. de enero de 1990, el régimen de cesantías aplicable es el anualizado de conformidad con el artículo 15 numeral 3.º, literal b. de la Ley 91 de 1989.

Con fundamento en lo expuesto, no le asiste razón a la demandante cuando alega que le eran aplicables las Leyes 60 de 1993 y 344 de 1996 al haber sido vinculada como docente oficial con anterioridad al 30 de diciembre de 1996, y que por consiguiente tiene derecho a que las cesantías le sean liquidadas retroactivamente, ello habida cuenta que estas normas mantuvieron las previsiones contempladas en la Ley 91 de 1989 para todos los educadores que se incorporaran sin solución de continuidad y las nuevas vinculaciones a las plantas territoriales a partir del 1. de enero de 1990 como es su caso.”.

Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. Mediante Decreto nº211 del 26 de agosto de 1993 (Pagina 18, archivo 01), el entonces Alcalde de Chinchiná, Caldas, creó 8 cargos de docentes en la estructura de la administración municipal.
2. En Decreto 212 del 26 de agosto de 1993 el Alcalde de Chinchiná, Caldas, nombró a la señora Leyde Aguirre Martínez como docente de tiempo completo en la planta de personal docente del Municipio de Chinchiná, Caldas (página 44, archivo 01).
3. El 24 de octubre de 2018, la señora Leyde Aguirre Martínez radicó solicitud de reconocimiento y pago de cesantía parcial (Pagina 20, archivo 01).
4. Con Resolución nº 000009653-6 del 3 de diciembre de 2018 (página 22, archivo 01), la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, reconoció y ordenó el pago de una cesantía parcial a favor de la señora Leyde Aguirre Martínez, sin aplicar el régimen de retroactividad.
5. El 20 de diciembre de 2018 la parte actora radicó recurso de reposición contra la anterior decisión, el cual fue resuelto de manera desfavorable en Resolución 1923-6 del 29 de marzo de 2019 (páginas 24 a 32 archivo 01).

6. Según el Formato Único para la Expedición de Certificado de Salarios expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas (página 34, archivo 01), la señora Leyde Aguirre Martínez se desempeña desde el 02 de septiembre de 1993 como docente en propiedad en el grado 14 del escalafón, con régimen de cesantías anual y con régimen de pensiones nacional.

Examen del caso concreto

Descendiendo al caso concreto y de conformidad con los elementos materiales probatorios allegados al expediente, considera este Tribunal que la señora Leyde Aguirre Martínez es docente territorial, de conformidad con el nombramiento realizado.

Ahora bien, estima la Sala que sin perjuicio de que la accionante ostente la calidad de docente territorial, aquella no tiene derecho a que se le liquiden las cesantías con el régimen retroactivo sino con el contemplado para los empleados públicos del orden nacional, es decir, con liquidación anual. Lo anterior, en tanto su vinculación se produjo el 02 de septiembre de 1993, esto es, después del 1º de enero de 1990 cuando entró a regir la Ley 91 de 1989.

La jurisprudencia antes citada es clara en determinar que de acuerdo con la Ley 91 de 1989 a los docentes que se vinculen después del 1º de enero de 1990, en cuanto a cesantías se les aplica el régimen contemplado para empleados públicos del orden nacional, es decir, que no se les aplica el régimen retroactivo en el reconocimiento y liquidación de las cesantías, sean éstas parciales o definitivas.

Conclusión

De lo expuesto concluye la Sala que la parte actora no tiene derecho a que se le reliquiden sus cesantías con el régimen de retroactividad, pues, se insiste, de acuerdo con lo probado en el proceso, es docente territorial vinculada el 02 de septiembre de 1993, por lo que sus pretensiones no tienen vocación de prosperidad.

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.

Al respecto, el H. Consejo de Estado¹² ha expresado que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación¹³, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.*
- d) *La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) *Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) *La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP¹⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) *Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en

¹² 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).

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

¹⁴ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: (...)”

los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Ahora, siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, encuentra esta Corporación que los gastos o expensas en los que eventualmente incurrió la parte demandada con ocasión de este proceso no se encuentran acreditados en el expediente, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Adicionalmente y en relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición tampoco se encuentra justificada, como quiera que en el expediente se observa que las entidades demandadas no intervinieron activamente en todas las etapas del proceso, ya que el Departamento de Caldas contestó la demanda pero no intervino en la etapa de alegatos, y el Ministerio de Educación Nacional no contestó la demanda y únicamente se pronunció en la etapa de alegaciones.

En este sentido, de conformidad con el artículo 2 del Acuerdo nºPSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, “*Para la fijación de agencias en derecho el funcionario judicial tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada*”, por lo que en este asunto la Sala considera que no se causaron agencias en derecho teniendo en cuenta los criterios mencionados en dicha disposición.

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. NIÉGANSE las súplicas de la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Leyde Aguirre Martínez contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

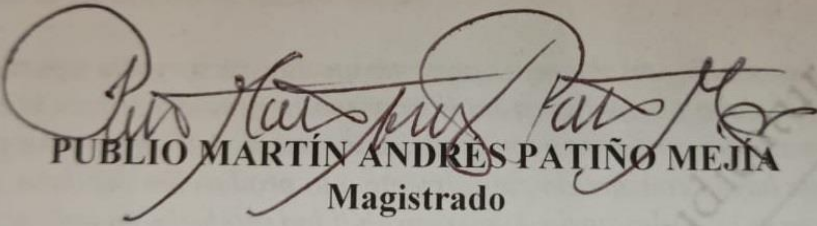
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **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”.

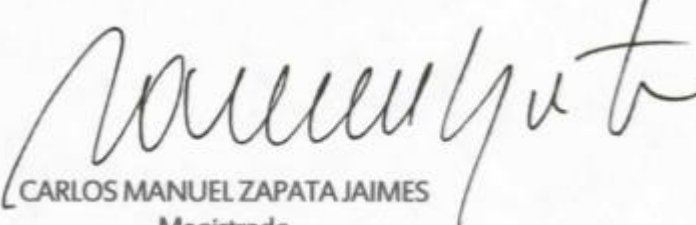
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 135

FECHA: 08/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 118

Asunto:	Sentencia de primera instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-23-33-000-2019-00480-00
Demandante:	Alba Lucía García García
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Municipio de Salamina, Caldas.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 039 del 04 de agosto de 2023

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 179 –inciso final– y 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA¹, corresponde a esta Sala de Decisión dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alba Lucía García García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio² y el Municipio de Salamina, Caldas.

LA DEMANDA

En ejercicio del medio de control interpuesto el 01 de octubre de 2019 (Pág.2, archivo 01, exp. digital) se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

1. Que se declare la nulidad parcial de la decisión contenida en el Oficio expedido el 24 de mayo de 2019 por el Municipio de Salamina, Caldas, así

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

como el acto administrativo ficto proferido por la Nación – Ministerio de Educación Nacional -Fondo Prestacional del Magisterio, que negaron la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas realizada el 08 de abril de 2019 y causadas en los años 1993, 1994 y 1995, las que han ocasionado el incumplimiento de la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo. Así mismo negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, en el respectivo fondo.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Municipio de Salamina, Caldas, y a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – FOMAG, a reconocer y pagar a favor de la parte demandante las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995 y que no fueron consignadas en el respectivo fondo; así como la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, prevista en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998. Reclamó además la parte accionante la indexación e intereses moratorios a que hubiere lugar.
3. Que se condene a la parte accionada a que ajuste las sumas adeudadas conforme al IPC, según lo previsto por el inciso final del artículo 187 del CPACA.
4. Que se condene a la parte demandada a dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 del CPACA.
5. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente (página 3, archivo 07):

1. La señora Alba Lucía García García se encuentra vinculada como docente en el Municipio de Salamina, Caldas, desde el año 1993 y a la fecha presta sus servicios a la entidad territorial.
2. El Municipio de Salamina no consignó a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, las cesantías correspondientes a los años 1993, 1994, 1995.

3. El Municipio de Salamina debe reconocer y pagar a favor de la demandante un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías.
4. El 8 de abril de 2019 la parte demandante radicó ante el Municipio de Salamina solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas en los años 1993, 1994 y 1995.
5. El Municipio de Salamina en oficio del 24 de mayo de 2019 negó la solicitud de la parte demandante.
6. El 5 de abril de 2019 la parte demandante radicó ante el Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías no consignadas en los años 1993, 1994 y 1995.
7. El Fondo de prestaciones Sociales del Magisterio en oficio PS 0792 del 11 de abril de 2019 resolvió de manera negativa la solicitud.
8. En el último reporte del FOMAG no aparece reconocimiento de las cesantías solicitadas.

Normas violadas y concepto de la violación

Describió las siguientes disposiciones violadas con los actos administrativos demandados:

Constitución Política: Artículos 13, 25, 83 y 58; Ley 344 de 1946: Artículo 13 y 15; Decreto Nacional 1582 de 1998: Artículo 1 y 2; Decreto Nacional 1252 del 2000: Artículos 1 y 2; Ley 91 de 1989; Decreto Nacional 3118 de 1968.

Se refirió inicialmente al concepto de auxilio de cesantías y expresó que constituyen un derecho económico que no puede ser desconocido por la entidad estatal responsable de pagarlas, pues son un ahorro hecho por el docente que genera una obligación por parte del empleador a reconocerlas y pagarlas en el término de ley, es por ello que la omisión del pago de las cesantías transgrede sus derechos como trabajadores.

Explicó que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, están cobijados por el régimen anualizado de liquidación de cesantías, al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes,

en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998.

Precisó que al empleador le corresponde liquidar las cesantías cada año con corte a 31 de diciembre y luego efectuar la consignación de las sumas producto de esa liquidación en el fondo a más tardar el 15 de febrero del año siguiente; a partir de ese momento las sumas liquidadas y consignadas por concepto de cesantías, ingresan al patrimonio del empleado, ya que son destinadas a cuentas individuales que a nombre de cada trabajador se ha creado en el fondo administrador de cesantías.

Afirmó que todos los empleados públicos, tanto del orden nacional y territorial cuentan con un régimen de cesantías diferenciado, para el territorio depende de la fecha en la cual se hayan vinculado a la administración, de tal modo que existen los empleados vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por retroactividad y los vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que pertenecen al régimen de liquidación de cesantías por anualidad.

Adujo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, la Fiduciaria La Previsora ha sido la entidad encargada del manejo de los recursos económicos del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Expresó que de conformidad con lo anteriormente expuesto se colige que los docentes tienen derecho a que se les reconozca la sanción moratoria consagrada en la Ley 1071 de 2006, en el evento que el empleador realice el pago de las cesantías más allá del término legal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación - Ministerio de Educación Nacional – FOMAG

Actuando debidamente representado y dentro del término oportuno, el Ministerio de Educación Nacional – FOMAG contestó la demanda (Archivos 20 a 24, C.1), de la siguiente manera.

Se opuso a todas las pretensiones de la demanda indicando que en caso de haberse omitido la consignación de cesantías de los años 1993, 1994 y 1995, a la fecha de la reclamación ya había tenido ocurrencia el fenómeno de la prescripción.

Propuso a título de excepciones las que denominó: **1.- “CADUCIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO N° PS-0792 DE 11 DE ABRIL DE 2019”**. Por haber transcurrido más de los 4 meses desde la notificación del acto

administrativo demandado y hasta la presentación de la demanda. **2.- “TENEPTA (sic) DEMANDA POR INDEBIDA ACOMULACIÓN (sic) DE PRETENSIONES”**, expresando que en el presente caso se configura una indebida acumulación de pretensiones, toda vez que el accionante eleva dos pretensiones principales, por una parte solicita la nulidad del acto contenido en el acto administrativo de fecha 24 de mayo de 2019, cuando debió formular unas pretensiones como principales y otras como subsidiarias. **3.- “NO COMPRENDER LA DEMANDA A LOS LITISCONSORTES NECESARIOS** (Indebida conformación del contradictorio Art 100 N° 9 Código Procesal Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)”, teniendo en cuenta que se demandó a la Nación - Ministerio de Educación Nacional - Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que se haya demandado a la Secretaría de Educación de Salamina (Caldas) a la que estuvo o está vinculada la docente demandante, y que es la que profirió el acto administrativo que reconoció y ordenó el respectivo pago de cesantías definitivas. **4.- “LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”**, con fundamento en que la administración obró en estricto seguimiento de las normas legales vigentes, las prestaciones sociales de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se encuentran reguladas por una norma de carácter especial y no es posible incluirle sanciones fuera de su ámbito normativo. Además, el pago de las prestaciones solicitadas se encuentra sujetas a turno y disponibilidad presupuestal, según se sustenta en las Sentencias C-314 de 1998 y C-552 de 1998, razón por la cual no existió omisión ni violación a derechos en los términos que expone el demandante. **5.- “PRESCRIPCIÓN”**, de conformidad con lo previsto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 y el Decreto 3135 de 1968. **6.- “EXCEPCIÓN GENÉRICA”** en aplicación de lo dispuesto por el artículo 282 del Código General del Proceso.

Municipio de Salamina, Caldas

La entidad radicó contestación a la demanda y se opuso a las pretensiones de la parte actora.

Propuso las siguientes excepciones:

1.-“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, con fundamento en que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es la entidad en la que recae la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados de conformidad con el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y 5 de la ley 91 de 1989,

por lo que todos los hechos litigiosos conciernen a una entidad diferente del Municipio de Salamina. 2. ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”***, en tanto, los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 mantendrían el régimen prestacional previsto en la normativa vigente de la entidad territorial, es decir, el sistema de retroactividad y a los docentes nacionales y a los vinculados a partir del 1 de enero de 1990, se les aplicarán las disposiciones vigentes para los empleados públicos del orden nacional, es decir, un sistema anualizado de cesantías, sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses. Reiteró que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO es la entidad en la que recae la obligación de reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados de conformidad con el artículo 56 de la ley 962 de 2005 y 5 de la ley 91 de 1989. 3.- ***“EXCEPCION DE VALORACIÓN EXCESIVA DE LA CUANTÍA”***, considerando que se evidencia una temeridad del accionante al pretender unas sumas de dinero que carecen de fundamento fáctico. 4. ***“BUENA FE”***, ya que la entidad demandada siempre ha obrado bajo ese principio constitucional. 5. ***“CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL”***, por cuanto la caducidad se encuentra establecida para otorgarle seguridad jurídica a las relaciones entre particulares y entre estos y el Estado, no puede un particular instaurar una acción ilimitadamente en el tiempo, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie, conduciendo a la imposibilidad de que el Estado brindara a los ciudadanos reales posibilidades de resolución de sus conflictos. 6. ***“PRESCRIPCIÓN”***, ya que, conforme al artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo se configuró la prescripción frente a la solicitud de reconocimientos de pago e intereses de cesantías correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995. 7. ***“LA GENERICA (sic)”***, respecto de cualquier medio exceptivo que resulte probado en el curso del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta etapa procesal intervino la parte demandante y las entidades demandadas Nación -Ministerio de Educación Nacional y Municipio de Salamina, Caldas, reiterando los argumentos de la demanda y las contestaciones.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador 28 Judicial II Administrativo no emitió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido al Tribunal el 01 de octubre de 2019, y allegado el 16 de diciembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (páginas 3 y 69, archivo 01).

Admisión, contestación y traslado de excepciones. Por auto del 16 de septiembre de 2020 se inadmitió la demanda (archivo 02, expediente digital), y una vez corregida se procedió a la admisión (archivo 10), que una vez notificada fue contestada oportunamente por el Municipio de Salamina (archivo 16) y el Ministerio de Educación (archivo 21). La parte actora se pronunció en relación con las excepciones formuladas según archivo 27 del expediente.

Trámite de excepciones. El 27 de abril de 2022 (archivo 29) el Despacho ponente declaró no probados los medios exceptivos formulados por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó: *“INEPTA DEMANDA”, “NO COMPRENDER LA DEMANDA A LOS LITISCONSORTES NECESARIOS” Y “CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL”*, este último, también formulado por el Municipio de Salamina. Así mismo difirió al momento de proferir sentencia en el presente asunto, la decisión de las excepciones propuestas por el Municipio de Salamina y que designó como: *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY”, “EXCEPCION DE VALORACIÓN EXCESIVA DE LA CUANTÍA”, “BUENA FE”, “PRESCRIPCIÓN” y la “GENÉRICA”*; así como la decisión de las excepciones propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y que denominó: *“LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD”, “PRESCRIPCIÓN” y “GENÉRICA”*.

Pruebas y alegatos. En autos del 29 de noviembre de 2022 (archivo 32) y 3 de marzo de 2023 (archivo 42) se fijó el litigio, se decretaron pruebas y se corrió traslado para alegar de conclusión, etapa esta última en la que intervinieron todas las partes.

Concepto del Ministerio Público. El Ministerio Público guardó silencio.

Paso a Despacho para sentencia. El 19 de abril de 2022, el proceso ingresó a Despacho para sentencia³, la que se dicta en seguida precisando 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

³ Archivo n° 47 del expediente digital.

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

Pretende la parte demandante que por esta Corporación se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: i) Oficio del 24 de mayo de 2019 expedido por el Municipio de Salamina; y ii) acto administrativo ficto configurado el 5 de julio de 2019 frente a la petición realizada el 5 de abril de 2019 ante el Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la parte actora solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995 y que no fueron consignadas en el respectivo fondo; así como la sanción moratoria derivada del incumplimiento en la consignación anualizada de las cesantías, prevista en la Ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998. Reclamó además la parte accionante la indexación e intereses moratorios a que hubiere lugar.

Problema jurídico

Conforme se estableció en la fijación del litigio, el problema jurídico a resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar las siguientes cuestiones:

¿La parte demandante estuvo vinculada como docente al Municipio de Salamina, Caldas, y como consecuencia de ello tiene derecho a que esa entidad territorial y la Nación –Ministerio de Educación Nacional - Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconozca y pague las cesantías anualizadas de los años 1993, 1994 y 1995, así como la sanción por mora generada con la presunta omisión en la consignación de la prestación.

Para despejar las cuestiones planteadas, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** hechos acreditados; **ii)** marco jurídico del régimen de cesantías en el sector docente; y **iii)** examen del caso concreto.

1.- Hechos debidamente acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan relevantes para solucionar el caso concreto:

1. El 8 de abril de 2019 la parte demandante radicó ante el Municipio de Salamina, Caldas, solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995 y la consecuente sanción moratoria por ausencia de pago de dicha prestación (páginas 43 y 44 archivo 01).
2. En oficio del 24 de mayo de 2019, el Municipio de Salamina, Caldas, negó la solicitud de la parte demandante (página 57 archivo 01).
3. En Oficio n°20190871065271 del 17 de mayo de 2019, la Fiduprevisora en calidad de vocera del FOMAG, negó la solicitud de la parte demandante tendiente al reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995 y la consecuente sanción moratoria por ausencia de pago de dicha prestación (Página 61, archivo 01, exp. digital).

En dicho documento se expresó:

(...) Revisada la base de datos de afiliaciones, se pudo constatar que el (sic) educadora ALBA LUCIA GARCIA GARCIA se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en virtud del Decreto 196 de 1995, con vinculación municipal, con pasivo prestacional, fecha de posesión 09 de septiembre de 1993, fecha de afiliación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio 15 de mayo de 1996." (Negrilla de la Sala).

4. De acuerdo con el Acta de posesión n°021 del 9 de septiembre de 1993, la señora Alba Lucia García García se posesionó en el cargo de Docente en básica primaria con el grado 1, según nombramiento mediante Decreto 018 de septiembre 8 de 1993 en convenio U-PD-348 con LA Fiduciaria Popular SA (página 64 y 65, archivo 01).
5. En Resolución n°6104-6 del 01 de julio de 2015, el Departamento de Caldas en nombre y representación de la Nación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio reconoció a la parte demandante por concepto de liquidación parcial de cesantías por el tiempo de servicios como docente municipal financiado (página 66 y 67, archivo 01).
6. El 24 de enero de 2023, el Municipio de Salamina, Caldas, remitió certificación en relación con la parte demandante (archivo 37, C.1):

“Una vez revisado el archivo central del Municipio de Salamina, se pudo constatar que la señora ALBA LUCIA GARCÍA GARCÍA estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios a término fijo desde el 01 de junio hasta el 30 de noviembre de 1993.

Así mismo podemos constatar que durante el primer trimestre del año 1994 la señora GARCIA GARCIA se incluyó en la nómina de empleados adscrita a la Secretaria de Educación”.

7. En oficio 2023 EE -02-20-84 del 3 de febrero de 2023, el Ministerio de Educación remitió respuesta a la solicitud de prueba de oficio decretada por el Despacho del Magistrado ponente (página 2, archivo 38, exp. digital):

Así las cosas, se puede concluir que desde que se inició el proceso de descentralización son los Departamentos, Distritos y Municipios certificados en educación quienes administran el personal docente y administrativo de las Instituciones Educativas quienes tiene la custodia de la información.

Sin embargo, después de consultar en el Sistema de Información Nacional de Educación Básica y Media-SINEB-(Anexo3A1y3A2) de la planta de personal docente, directivo docente y administrativos, se encontró que la señora Alba Lucía García García se encuentra vinculada a la Secretaria de Educación de Caldas desde el nueve de septiembre de 1993.

2.- Marco jurídico del régimen de cesantías en el sector docente

La Ley 6 de 1945 *«por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo»*, en el artículo 12, literal f), estableció, a favor de los trabajadores oficiales, el derecho al auxilio de cesantías a razón de un mes de sueldo por cada año de servicio y, proporcionalmente, por fracciones de año, y el artículo 17, literal a), *ibidem*, consagró que ese auxilio se reconocería a todos los empleados y obreros nacionales de carácter permanente.

El Decreto 1160 de 1947 *«sobre auxilio de cesantías»*, en su artículo 6, señaló que para liquidar las cesantías se toma como base el último sueldo o jornal, salvo que hubiera sufrido modificaciones en los 3 últimos meses, caso en el cual se toma el promedio de lo devengado en los últimos 12 meses o en todo el tiempo servido, si fuere menor a ese lapso.

Ahora bien, el Decreto 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional de Ahorro, y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»⁴, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»⁵; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; asimismo, en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales del 9%, a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

El Decreto 432 de 1998 “*por el cual se reorganiza el Fondo Nacional de Ahorro, se transforma su naturaleza jurídica y se dictan otras disposiciones*”, mantuvo el objetivo de administrar, de manera eficiente, las cesantías⁶, y, dentro de sus funciones, las de recaudo y pago de ese auxilio a los afiliados, al igual que la protección contra la pérdida de su valor adquisitivo⁷. Además, en los artículos 6 y 7 *ibidem*, fijó un monto por concepto de intereses, con el propósito de evitar la pérdida del poder adquisitivo del auxilio de cesantías depositado, y un porcentaje a título de intereses sobre las cesantías.

Por su parte, la Ley 344 de 1996 “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*”, dio un paso adicional encaminado a generalizar el sistema de liquidación anual del auxilio de cesantías para los servidores públicos, al consagrar lo siguiente:

“Artículo 13.- Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las

⁴ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

⁵ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

⁶ Artículo 2 del Decreto 432 de 1998.

⁷ Artículo 3, literales a), b) y c) del Decreto 432 de 1998.

personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) **Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo...***. (negrilla de la Sala).

La norma vigente a la fecha de expedición de la ley citada, que estableció el régimen anual de cesantías, era la Ley 50 de 1990, en cuyo artículo 99 consagró:

***“Artículo 99.-** El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:*

- 1. 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.*
- 2. 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.*
- 3. 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 el mismo elija. **El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.***
- 4. Si al término de la relación laboral existieren saldos de cesantía a favor del trabajador que no hayan sido entregados al Fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos”. (Negrilla de la Sala).*

El Decreto 1582 de 1998 “por el cual se reglamentó los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998...”, precisó que la norma a la que se debía remitir a efecto de la liquidación anual del auxilio de cesantías de quienes se afilien a fondos privados es la Ley 50 de 1990, en sus artículos 99, 102 y 104, y para liquidar las cesantías de los afiliados al Fondo Nacional de Ahorro, es la Ley 432 de 1998, artículo 5 y siguientes.

No obstante, para aquellos empleados que venían con una vinculación anterior al 31 de diciembre de 1996, cuando entró a regir la citada Ley 344 de

1996, se les continuaría respetando el régimen de liquidación del auxilio de cesantías consagrado en normas anteriores⁸.

En todo caso, se abrió la posibilidad de que tales servidores públicos⁹ se acogieran al régimen anualizado de liquidación de cesantías y para este efecto debían proceder en la forma descrita en el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998, que es la siguiente:

“Artículo 3º.- En el caso de servidores públicos vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad, que decidan acogerse al régimen de cesantía de dicha ley, se procederá de la siguiente forma:

- a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;*
- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la administradora seleccionada por el trabajador;*
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”. (Se resalta).*

Además, a aquellos servidores cobijados por el régimen de liquidación retroactiva de cesantías se les continúa respetando este, por virtud de lo dispuesto en los artículos 2¹⁰ del Decreto 1252 de 2000 y 3¹¹ del Decreto 1919 de 2002.

Es preciso señalar que la Ley 1071 de 2006, “por la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995...”, **en torno al pago de las cesantías** de los servidores públicos, señaló:

“Artículo 4º. Términos. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

⁸ Es decir, el sistema de liquidación retroactiva, consagrado en Ley 6 de 1945, el Decreto 2767 de 1945, la Ley 65 de 1946 y el Decreto 1160 de 1947.

⁹ Aquellos que tuviera vinculación laboral anterior a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996.

¹⁰ *«Artículo 2.- Los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.»*

¹¹ *«Artículo 3.- Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000.»*

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

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

Artículo 5º. Mora en el pago. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social, sin perjuicio de lo establecido para el Fondo Nacional de Ahorro.

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

Ahora bien, **en lo que respecta al personal docente**, 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, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital” que estaría a cargo del pago de las prestaciones sociales¹² que se causaran a favor del personal docente **nacional y nacionalizado**, a partir de la promulgación de esa ley.

La aludida ley, en su artículo 1 numeral 3 precisó que, los docentes territoriales son aquellos “vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975” y en el artículo 2 *ibidem* estableció lo relativo al reconocimiento de sus prestaciones, así:

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

...

5.- Las prestaciones sociales del personal nacional y nacionalizado que se causen a partir del momento de la promulgación de la presente Ley, son de cargo de la Nación y serán pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones

¹² De acuerdo con el artículo 5, numeral 1, de la Ley 91 de 1989.

Sociales del Magisterio; pero las entidades territoriales, la Caja Nacional de Previsión Social, el Fondo Nacional de Ahorro o las entidades que hicieren sus veces, pagarán al Fondo las sumas que resulten adeudar hasta la fecha de promulgación de la presente Ley a dicho personal, por concepto de las prestaciones sociales no causadas o no exigibles”.

En lo que tiene que ver con las cesantías, su reconocimiento se estableció en el artículo 15 *ibidem*, en los siguientes términos:

“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”. (Se resalta).

Ahora bien, la Ley 812 de 2003, “por la cual se aprueba 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”.

Con fundamento en lo anterior y con el objeto de lograr la afiliación de los docentes territoriales al aludido fondo, el Decreto 3752 de 2003, estableció:

“Artículo 1º. - Personal que debe afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Los docentes del servicio público educativo que estén vinculados a las plantas de personal de los entes

territoriales deberán ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, previo el cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en los artículos 4° y 5° del presente decreto, a más tardar el 31 de octubre de 2004.

Parágrafo 1°. - La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan, sin perjuicio de las sanciones administrativas, fiscales y disciplinarias a que haya lugar. (Negrilla fuera de texto).

Parágrafo 2°. - Los docentes vinculados a las plantas de personal de las entidades territoriales de manera provisional deberán ser afiliados provisionalmente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mientras conserve su nombramiento provisional.

Artículo 5°. Trámite de la afiliación del personal de las entidades territoriales. Presentada la solicitud de afiliación por parte de la entidad territorial, dentro de los sesenta (60) días siguientes, se adelantará el siguiente procedimiento:

1. Elaboración del cálculo actuarial que determine el total del pasivo prestacional, presentando de manera separada cesantías y pensiones, del personal docente que se pretende afiliar y, por tanto, el valor de la deuda de la entidad territorial con el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Tal cálculo será elaborado, con cargo a los recursos del Fondo, por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de sus recursos y la respectiva entidad territorial de conformidad con los parámetros que señale el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para el efecto.

2. Definido el monto total de la deuda, previa revisión del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, este será comunicado a la entidad territorial por parte de la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo. Tal comunicado deberá indicar, adicionalmente, el plazo y la forma de pago que deberá ajustarse, en todo caso, a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 549 de 1999. El monto a pagar por vigencia se cubrirá con los recursos que traslade el FONPET al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Si estos recursos no fueren suficientes, la entidad territorial aportará de sus recursos hasta cubrir la totalidad de las obligaciones corrientes que correspondan.

3. El Ministerio de Educación Nacional, en su calidad de fideicomitente de la fiducia mercantil por medio de la cual se administran los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ejercerá la interventoría del mismo”.

3.- Examen del caso concreto

La demandante reclama el pago de las cesantías anualizadas de 1993, 1994 y 1995 y la sanción por mora por la no consignación oportuna de estas cesantías¹³; de manera que, el análisis se circunscribirá a determinar si dichas cesantías fueron efectivamente consignadas o canceladas a la demandante, y si esta tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora en la consignación de esas cesantías.

3.1.- Sobre la consignación o pago de las cesantías

Al respecto, obra el reporte de cesantías contenido en la Resolución n°6104-6 del 01 de julio de 2015 de la Secretaria de Educación del Departamento de Caldas en nombre y representación del Fomag, en la que se reconoció a la demandante una liquidación parcial de cesantías, y se establece que, se han girado a ese fondo los dineros para cubrir el pago de las cesantías anuales de la demandante, corresponden a los años de 1996 en adelante, pero no se precisan las sumas correspondientes a las cesantías causadas en 1993, 1994 y 1995, ni cuándo ocurrió la consignación efectiva.

En relación con lo anterior las entidades demandadas en su defensa no argumentaron que hubieran cumplido con dicha obligación, sino que se limitaron a indicar que la penalidad pretendida no cobijaba a los docentes y a señalar que, no son las legitimadas para reconocer y pagar dicha prestación.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado que la demandante prestó sus servicios como docente desde el 9 de septiembre de 1993, por nombramiento en propiedad mediante Decreto 018 de 8 de septiembre de 1993 expedido por la Alcaldía de Salamina y que no se evidencia la consignación de las cesantías anualizadas causadas en los años 1993, 1994 y 1995, corresponde al Municipio de Salamina, Caldas, poner a disposición del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los recursos correspondientes a las cesantías anualizadas causadas a favor de la demandante por ese período, sin que sea procedente ordenar el pago directo de las mismas a la demandante.

¹³ En efecto, en la demanda se hizo énfasis en que la inconformidad se centra en la omisión en que incurrió la entidad territorial en consignar sus cesantías en los términos de la Ley 344 de 1996, su decreto reglamentario.

Lo anterior teniendo en cuenta que, mientras la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen carácter imprescriptible, pues se mantiene su naturaleza periódica¹⁴ y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas y consignarlas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Adicionalmente el parágrafo 1 del artículo 1 del Decreto 3752 de 2003 establece que: *La falta de afiliación del personal docente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio implicará la responsabilidad de la entidad territorial nominadora por la totalidad de las prestaciones sociales que correspondan*".

En similares términos lo ha ordenado el Consejo de Estado¹⁵, al señalar:

"No obstante lo anterior, como del extracto expedido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y de la certificación del coordinador de la Secretaría de Educación departamental de la Gobernación del Atlántico se puede establecer que los dineros que se han girado a ese fondo, para cubrir el pago de las cesantías anuales de la demandante, corresponden a los años de 2003 en adelante, y no se han destinado con tal propósito, las sumas correspondientes a las cesantías causadas en los años 2001 y 2002, se debe conminar al municipio de Sabanalarga, para que proceda a realizar la consignación en el Fondo, respecto de la prestación causada por esos períodos, teniendo en cuenta que como la relación laboral permanece vigente, las cesantías tienen el carácter imprescriptible y, por ende, la administración está en la obligación de reconocerlas".

3.2.- Sobre la sanción por mora

La Sala precisa que la sanción por mora que se reclama en este asunto no surge de la tardanza en que incurrió la administración en el pago de las cesantías al actor, sino por la no consignación oportuna de cesantías bajo el sistema anualizado por los años 1993, 1994 y 1995.

En este sentido, el primer aspecto por abordar consiste en determinar si la parte demandante en su condición de docente, amparada por un régimen

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 25 de agosto de 2016, CE-SUJ004 de 2016, M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, sentencia de 31 de octubre de 2018. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16). Reiterado en Sentencia del 12 de mayo de 2022 C.P. Gabriel Valbuena Herrera. Rad. 08001 23 33 000 2016 00500 01 (1987-2021)

especial, es beneficiaria de la Ley 50 de 1990, en particular, del artículo 99¹⁶, en lo que se refiere al reconocimiento y pago de la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo, cuando el empleador incurre en mora para la consignación de sus **cesantías liquidadas en forma anual**.

El Consejo de Estado¹⁷ había considerado 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, pero hizo la salvedad de que ello es *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”* lo que se traduce en que lo allí dispuesto no cobijó al personal docente.

Esa postura también había sido desarrollada por la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues en Sentencia C-928 de 2006¹⁸, señaló que la forma de realizar el cálculo y pago de las cesantías a favor de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no era igual al establecido en la Ley 50 de 1990. Además, puntualizó que no se configuraba violación del derecho a la igualdad porque *“simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*.

Sin embargo, por vía de acción de tutela, tanto la Corte Constitucional¹⁹ como el Consejo de Estado²⁰ han considerado que en virtud del principio de favorabilidad, es viable aplicar a los docentes las disposiciones que contiene la Ley 50 de 1990, en materia de sanción moratoria por la consignación extemporánea de las cesantías anuales, de manera que para estos, el valor reconocido con corte a 31 de diciembre de cada año por concepto de la aludida prestación, también les debe ser consignado en el Fondo Nacional

¹⁶ 3. 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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

¹⁷ 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)

¹⁸ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁹ En Sentencia SU-098 de 2018 sostuvo que el *«hecho de que los docentes se encuentren amparados por un régimen especial, no implica el desconocimiento de su calidad de trabajadores del Estado, y menos aún si se trata de la aplicación de una norma de carácter laboral que comporta un beneficio, caso en el cual prevalece la interpretación que reporte el mayor beneficio para el empleado, pues ésta será la que se ajuste a los postulados del artículo 53 de la Carta Política»*. En Sentencia SU-332 de 2019. los docentes oficiales, en tanto empleados públicos, tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías

²⁰ Ver, entre otras, sentencias del Consejo de Estado, del 17 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018- 04617-01, Sección Tercera, M.P. y del 28 de junio de 2019, A.C. 11001-03-15-000-2018-04679-01, Sección Primera, M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

de Prestaciones Sociales del Magisterio, a más tardar el 14 de febrero del año siguiente a su causación, so pena de que se incurra en mora equivalente a un día de salario por cada día de retraso.

Igualmente, el Consejo de Estado en sentencia del 19 de mayo de 2022²¹ señaló: *“Bajo el anterior derrotero, la Subsección 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 a los docentes, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990”*.

De acuerdo con lo analizado, la parte demandante sí es beneficiaria de la sanción moratoria, correspondiente a las cesantías anuales de los años 1993 a 1995, la cual corrió de la siguiente manera:

- Cesantías 1993: desde el 15 de febrero de 1994.
- Cesantías 1994: desde el 15 de febrero de 1995.
- Cesantías 1995: desde el 15 de febrero de 1996.

No obstante lo anterior, la sanción moratoria pretendida está afectada por el fenómeno de la prescripción, comoquiera que la obligación -sanción moratoria- se hizo exigible a partir del momento en que se generó el incumplimiento o tardanza, es decir, desde el día siguiente al vencimiento del término que la entidad tenía para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio- y la parte accionante dejó transcurrir un lapso superior a 3 años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación del 6 de agosto de 2020²², sentó jurisprudencia en el siguiente sentido:

- i) El momento a partir del cual se contabiliza el término de la prescripción de la sanción moratoria de las cesantías anualizadas prevista en la Ley 50 de 1990, es desde su causación y exigibilidad, es decir, el 15 de febrero de la anualidad siguiente, por ende, la reclamación administrativa deberá presentarse dentro de los tres años siguientes, so pena de configurarse la prescripción extintiva.*
- ii) En el evento en que se acumulen anualidades sucesivas de mora en la consignación de cesantías anualizadas, el término prescriptivo de la sanción prevista en la Ley 50 de 1990 deberá contabilizarse de manera independiente por cada año, de tal modo que el empleado dispone de 3 años contados a partir*

²¹ 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)

²² Consejo de Estado Sección Segunda del, ce-suj-sii-022-2020 Radicado: 08001-23-33-000-2013-00666-01 (0833-2016).

del 15 de febrero del año siguiente a su causación para reclamar la sanción moratoria por la anualidad correspondiente, so pena de su extinción.

En el caso concreto de la demandante, el término para reclamar la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías empezó a correr en las siguientes fechas y se extinguió, en el término indicado en el cuadro siguiente:

Período de cesantías reclamado	Fecha en la que surgió la mora y el derecho a reclamar indemnización	Fecha en que se extinguió el derecho por la prescripción
1993	15 de febrero de 1994	15 de febrero de 1997
1994	15 de febrero de 1995	15 de febrero de 1998
1995	15 de febrero de 1996	15 de febrero de 1999

Como la reclamación de la indemnización moratoria se realizó ante la administración el 8 de abril de 2019²³, aquella se encuentra prescrita, pues se solicitó cuando habían transcurrido más de tres años desde el momento en que la obligación se hizo exigible y, en tal sentido, se declarará probada la excepción de prescripción.

Valga precisar que, no obstante que a la fecha no se encuentra acreditada la consignación de las cesantías correspondientes a los años 1993 a 1995, ello no altera el computo de la prescripción de la sanción moratoria, teniendo en cuenta que esta empieza a correr desde el momento en que se incurre en mora, desde el momento en que debían consignarse las cesantías.

Al respecto, el Consejo de Estado en la citada sentencia de unificación CE-SUJ-SII-022-2020 precisó que *“si el empleador no procede a consignar las cesantías dentro del plazo fijado por el ordenamiento, a partir de ese momento incurre en mora y se hace exigible una sanción, que por naturaleza es prescriptible si dentro de los 3 años siguientes no se reclama”*.

Conclusión

De acuerdo con lo expuesto se concluye que, la parte demandante en su condición de docente tiene derecho al reconocimiento de las cesantías anualizadas causadas entre los años 1993 y 1995, las cuales no se encuentran prescritas; sin embargo, no es procedente la orden de pago directo de las mismas a la demandante, sino su consignación por parte del Municipio de

²³ Páginas 43 y 44 archivo 01.

Salamina, Caldas, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Además, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la inoportuna consignación de sus cesantías anualizadas, sin embargo, este derecho se encuentra prescrito, por cuanto la accionante dejó transcurrir un lapso superior a 3 años sin hacer la reclamación administrativa de la sanción moratoria, contados desde el día siguiente al vencimiento del término con que la entidad contaba para realizar el pago -15 de febrero del año siguiente al de la causación del auxilio.

En este punto se declarará probada la excepción de “prescripción” frente a la sanción moratoria y no fundadas las demás excepciones propuestas por las demandadas.

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 considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Al respecto, el H. Consejo de Estado²⁴ ha expresado que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación²⁵, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el*

²⁴ 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).

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁶, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Ahora, siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, encuentra esta Corporación que los **gastos o expensas** en los que eventualmente incurrió la parte demandante con ocasión de este proceso **no se encuentran acreditados** en el expediente, razón por la cual no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

Sin embargo, en relación con la fijación de **agencias en derecho** (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, **su imposición sí se encuentra justificada**, como quiera que en el expediente se observa que la parte actora fue representada judicialmente por profesional

²⁶ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediateamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)”

del derecho que intervino activamente en todas las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo presentó la demanda sino que también se pronunció sobre las excepciones de la parte demandada y alegó de conclusión.

En ese orden de ideas, concluye la Sala que en el *sub examine* hay lugar a imponer condena en costas por concepto de agencias en derecho a la parte accionada Municipio de Salamina, Caldas, precisando que en el presente asunto se accede de manera parcial a las pretensiones de la demanda.

Por ello, atendiendo lo dispuesto por el parágrafo 5 del artículo 2 y el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo nº PSAA16-10554 de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho a cargo del Municipio de Salamina, Caldas, la suma de \$1'786.823, correspondiente al 0.5% de la cuantía estimada en este proceso²⁷. Lo anterior, toda vez que se trata de un proceso declarativo de mayor cuantía²⁸ proferido en primera instancia en el que se accede de manera parcial a las pretensiones de la demanda.

Según lo dispone el artículo 366 del Código General del Proceso (CGP)²⁹, por la Secretaría de la Corporación, se liquidarán las costas.

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 la nulidad parcial del Oficio expedido el 24 de mayo de 2019 por el Municipio de Salamina, Caldas, en tanto negó la solicitud de reconocimiento y pago de las cesantías anualizadas causadas a favor de la parte demandante en los años 1993, 1994 y 1995.

Segundo. En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al Municipio de Salamina, Caldas, poner a disposición del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los recursos

²⁷ La cuantía del proceso fue estimada en la suma de \$357'364.662 (Página 34, archivo 01, expediente digital). De manera que el 0.5% de dicha cuantía asciende al valor de \$1'786.823, debido a la prosperidad parcial de las pretensiones.

²⁸ En los términos del artículo 25 del Código General del Proceso (CGP).

²⁹ En adelante, CGP.

correspondientes a las cesantías anualizadas causadas a favor de la señora Alba Lucía García García por el período correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995, sin que sea procedente ordenar el pago directo de las mismas a la demandante.

Tercero. El Municipio de Salamina, Caldas, dará cumplimiento al presente fallo en los términos previstos por el artículo 192 del CPACA, sin perjuicio de la carga impuesta a la parte actora en el inciso segundo de la disposición mencionada.

Cuarto. **DECLÁRASE probada la excepción de “PRESCRIPCIÓN”** en relación con la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a la parte actora en el período correspondiente a los años 1993, 1994 y 1995, propuesta por las entidades demandadas en el presente asunto.

Quinto. **NIÉGANSE** las demás súplicas de la demanda promovida en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por la señora Alba Lucía García García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Sexto. **CONDÉNASE** en costas en esta instancia a la parte demandada, las cuales serán liquidadas por la Secretaría de esta Corporación conforme lo determina el CGP, por lo brevemente expuesto. **FÍJASE** como agencias en derecho a cargo del Municipio de Salamina, Caldas, la suma de \$1'786.823, correspondiente al 0.5% de la cuantía estimada en este proceso.

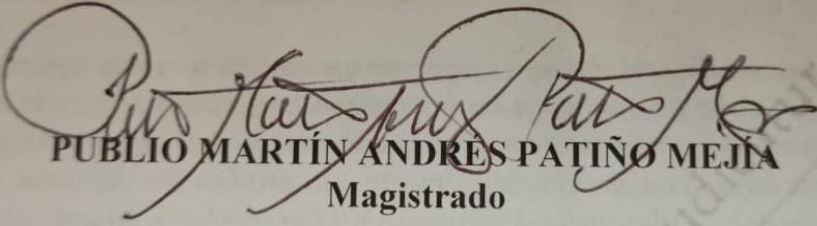
Séptimo. **NOTIFÍQUESE** conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

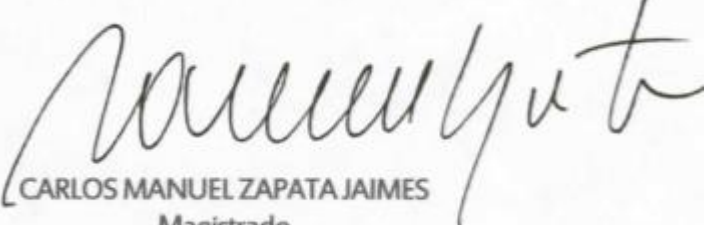
Octavo. Ejecutoriada esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere, y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
No. 135
FECHA: 08/08/2023

Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-23-33-000-2021-00193-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	MABE COLOMBIA S.A.S
DEMANDADO	DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas a dictar sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad total de la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412021000004 del 15 de abril de 2021, por medio de la cual la DIAN modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios de Mabe Colombia S.A.S. (En adelante Mabe) correspondiente al año gravable 2017, por haber sido expedida con violación a las normas nacionales a las que hubiera tenido que sujetarse y por adolecer de una falsa motivación.
2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que la declaración corrección del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2017 presentada por Mabe el 21 de noviembre de 2018, mediante formulario nro. 1113605552692, e identificada con el nro. 91000587494094, ha quedado en firme. Igualmente, que la demandante no está obligada a pagar ninguna suma por concepto de mayores impuestos, intereses, sanciones y actualizaciones.
3. Que se condene en costas a la demandada.

HECHOS

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

- ✓ Mabe es una sociedad constituida bajo las leyes colombianas, miembro del grupo Mabe y filial de matriz mexicana controladora Mabe S.A de C.V.
- ✓ El 2 de enero de 2017 Mabe celebró con la controladora Mabe S.A de C.V un “*contrato de servicios por comisión*” para la búsqueda de proveedores de los productos que Mabe requería para el desarrollo de sus operaciones en Colombia; en virtud de este contrato, la controladora fue designada como su representante no exclusivo en el exterior para que planeara, supervisara y controlara el proceso de compra de los productos requeridos por Mabe, para lo cual se pactó una comisión equivalente al 2.4% del valor de las compras netas de los productos.
- ✓ En el año 2017, y como contraprestación a los servicios prestados por la controladora a favor de Mabe, esta última realizó pagos por concepto de comisiones equivalentes a \$2.958.157.000 a favor de aquella.
- ✓ El 12 de abril de 2018 Mabe presentó su declaración del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable 2017, declarando una pérdida líquida del ejercicio de \$13.031.687.000, liquidando su impuesto con base en la renta presuntiva, determinando un saldo a favor de \$12.490.410.000.
- ✓ El 10 de mayo de 2018 Mabe presentó solicitud de devolución y/o compensación del mencionado saldo a favor, el cual fue devuelto en su totalidad mediante Resolución nro. 1096 del 8 de junio de 2018.
- ✓ El 13 de julio de 2018 la División de Gestión de Fiscalización profirió auto de apertura nro. 102382018000275 para iniciar investigación pos-devoluciones, por el impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2017.
- ✓ Mabe presentó declaración de corrección del impuesto sobre la renta y complementarios el 21 de noviembre de 2018, mediante formulario nro. 1113605552692 e identificado con el nro. 91000587494094.
- ✓ El 31 de julio de 2020 se emitió Requerimiento Especial nro. 102382020000004; el cual fue atendido dentro de la oportunidad legal por la demandante.
- ✓ Tras el agotamiento de las etapas pertinentes, la DIAN expidió la Liquidación Oficial cuya nulidad se depreca, por medio de la cual modificó la declaración del impuesto sobre la renta y complementarios correspondiente al año gravable 2017.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la liquidación oficial de revisión demandada es nula porque la DIAN desconoció la deducibilidad de los pagos realizados a título de comisiones a la controladora con base en tres enfoques que planteó desde el requerimiento especial y que retomó en la liquidación oficial y son:

1) Con fundamento en los artículos 121, 122 y 406 del ET se argumenta que, no es procedente la deducción de las comisiones, pues respecto de dichos ingresos debió practicarse la respectiva retención en la fuente, por tratarse de rentas de fuente nacional.

2) Con base en su interpretación del artículo 22 del CDI (Convenios Para Evitar Doble Imposición) la DIAN pretende atribuir competencia tributaria a Colombia sin tener en cuenta los demás artículos del convenio de doble imposición que resultan aplicables a este caso; y sin hacerlo de manera expresa, reconoció que los argumentos presentados por el contribuyente en la respuesta al requerimiento especial sustentaban la información incluida en su declaración del impuesto sobre la renta del año 2017, aunque afirmó que no era fundamento suficiente para soportar la deducibilidad del gasto.

3) La DIAN considera que, en la aplicación del límite del 15% a la deducibilidad de pagos al exterior previsto en el artículo 122 del ET, el gasto por comisión pagada a la controladora no era deducible del impuesto sobre la renta.

En contraposición a lo anterior, la parte demandante sostiene que la teoría de la DIAN es errónea al exponer cinco cargos de nulidad:

1. Violación de los artículos 1, 2, 3, 4, 7 y 23 del convenio para evitar la doble imposición entre Colombia y México-CDI-(aprobado mediante la Ley 1568 de 2012) por falta de aplicación, ya que los ingresos por comisiones percibidos por controladora tienen la naturaleza de beneficios empresariales de acuerdo con el artículo 7 de esta disposición, por tanto, debieron gravarse de acuerdo con las reglas establecidas en este artículo, ya que los mismos solo están gravados en el país de residencia del prestador del servicio y no con el impuesto sobre la renta en Colombia y, por lo tanto, tampoco estaban sometidos a retención en la fuente.

Resalta que, la liquidación oficial desconoció la técnica que debe aplicarse para interpretar adecuadamente el CDI, ya que la autoridad tributaria no realiza ningún análisis sobre la

naturaleza de las rentas percibidas por la controladora por concepto de comisiones, aplicando erróneamente, de manera automática, el artículo 22 del CDI, referido a los métodos para evitar la doble imposición.

2. Violación de los artículos 24, 121, 122 y 406 del Estatuto Tributario y el artículo 22 del CDI por indebida aplicación. Las reglas y limitaciones de deducibilidad de la legislación interna no son aplicables, considerando que prevalecen las atribuciones de potestad tributaria asignadas por el CDI.

Destacó que la liquidación oficial no identificó qué normas del CDI eran aplicables de manera prevalente y, en consecuencia, respecto de los pagos por comisiones, Colombia no tenía potestad tributaria sobre los mismos. Este error de aplicación normativa llevó a la DIAN a considerar que el pago estaba gravado tanto en México como en Colombia y que, por esa razón, debía acudir al método para evitar la doble tributación prevista en el tratado.

Así las cosas, considera es claro que, la exigencia del artículo 121 del ET sobre el carácter indispensable de la retención en la fuente solamente es aplicable para los ingresos gravados en Colombia y no para aquellos que, por cualquier razón legal (como la aplicación de un tratado), no están sometidos a tributación en el país

3. Violación del artículo 122 del Estatuto Tributario por indebida aplicación y del artículo 23 del CDI por falta de aplicación. La limitación de deducibilidad de los pagos al exterior relativa a los gastos no sometidos a retención en la fuente no es aplicable al caso concreto, de acuerdo con la cláusula de no discriminación consagrada en el numeral 3 del artículo 23 del CDI.

Sobre el particular, y de acuerdo al texto de la norma del ET, la limitación descrita surge en razón a la residencia del perceptor del pago. Es decir, dicha imposibilidad de deducibilidad plena está prevista para los pagos que hagan los contribuyentes colombianos en favor de no residentes fiscales en el país.

Sin embargo, y considerando que el ingreso no estuvo sujeto a retención en la fuente a título del impuesto sobre la renta por expresa disposición del artículo 7 del CDI, es necesario determinar, cuál es el tratamiento que prevé el tratado en lo concerniente a la deducibilidad de los gastos realizados entre entidades de los dos Estados Contratantes, para lo cual debe acudir al apartado 3 del artículo 23 del CDI, conforme al cual, la

deducibilidad de los pagos realizados por Mabe Colombia a título de comisiones a favor de controladora no podía ser limitada. Es decir, que aun cuando los pagos no fueron sometidos a retención en la fuente según la disposición del artículo 7 del CDI, no era procedente limitar su deducibilidad en Colombia, dado que la cláusula de no discriminación tiene por objeto que las limitaciones de la legislación local sobre la deducibilidad de los pagos realizados a no residentes (como sería la prevista en el artículo 122) no sean aplicables en el contexto de un CDI.

4. Violación de los artículos 42 y 137 de la Ley 1437 de 2011 por indebida aplicación. La liquidación oficial fue falsamente motivada al considerar que, a pesar de reconocer que el CDI es plenamente aplicable al caso discutido, insiste en negar la deducibilidad del gasto por comisiones.

Aseveró que la necesidad de practicar la retención en la fuente no es exigible a Mabe Colombia, considerando que el ingreso por comisiones no está gravado en Colombia según el CDI. En el mismo sentido, la limitación del 15% en la deducibilidad de los pagos al exterior no es aplicable, dado que la cláusula de no discriminación del tratado releva a Mabe Colombia de atender esta regla limitativa.

5. Violación del artículo 647 del Estatuto Tributario por indebida aplicación. La sanción prevista en la liquidación oficial es inaplicable dado que Mabe Colombia no realizó ninguno de los hechos sancionables previstos en la norma mencionada. Adicionalmente, la empresa interpretó correctamente la normativa local y el CDI y, en consecuencia, el gasto por comisiones era plenamente deducible. En consecuencia, su interpretación es razonable y no se configura ninguna inexactitud sancionable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Sobre los hechos, indica que su gran mayoría son ciertos, excepto el relativo a que para el año 2017 no existe prueba que demuestre que Mabe S.A de C.V haya ejecutado o participado en la búsqueda de proveedores de la demandante o que haya intervenido en estas negociaciones.

Como razones de defensa expone que, efectivamente entre Colombia y los Estados Unidos Mexicanos se suscribió convenio para evitar la doble imposición y evasión fiscal en los impuestos de renta y patrimonio, aprobado mediante la Ley 1568 de 2012, cumpliéndose en este caso los presupuestos para la aplicación del mismo, ya que involucra a dos

sociedades domiciliadas en Colombia y México y se hace alusión al impuesto de renta del año fiscal 2017.

Hizo referencia al contrato de servicios por comisión celebrado entre Mabe Colombia y Mabe S.A de C.V, el cual originó el pago de unas comisiones por valor de \$2.958.156.705; suma de dinero que fue objeto de deducción en la liquidación privada presentada por la demandante. Pero mediante liquidación oficial de revisión del 15 de abril de 2021 se rechazó la anterior deducción y se impuso sanción por inexactitud por la suma de \$1.005.773.000, pasando la liquidación privada de un saldo a favor de \$12.490.410.000, a un saldo a favor de \$11.484.637.000.

Sostuvo que Mabe amparada en el artículo 7 del CDI aduce que no estaba obligada a practicar retención en la fuente porque esas comisiones hacen parte de los beneficios empresariales consagrados en la norma mencionada y solo están gravados en México, argumento del cual se aparta la DIAN al aseverar que no todo ingreso recibido por una sociedad residente de un Estado contratante de otra sociedad residente del otro Estado contratante deba entenderse como beneficio empresarial, por lo que a juicio de la demandada se debe aplicar el artículo 20 del CDI (otras rentas), y en tal medida la demandante debió practicar la correspondiente retención en la fuente, sin que tal exigencia conlleve desconocer el principio de no discriminación, pues la misma se sustenta en lo pactado en el convenio internacional; y también se acertó al momento de aplicar el CDI en su artículo 22 pues sin duda alguna esta es la manera de evitar la doble imposición entre los dos países con ocasión a la aplicación del artículo 20 del convenio.

Que además, en aplicación el artículo 406 del E.T. y del artículo 121 y 122 *ibidem*, la DIAN rechazó sumas por concepto de comisiones pagadas a la controladora por compras hechas en el exterior porque realmente no fueron hechas allí sino en el país y a proveedores colombianos que despacharon desde sus bodegas ubicadas en el territorio colombiano, generando un gasto por comisión de \$2.958.156.705; por tal razón, debía habersele practicado la respectiva retención en la fuente para proceder a reconocer ese gasto como deducible ya que se trataron de ingresos de fuente nacional gravados con el impuesto de renta; máxime porque Mabe Colombia no demostró que Mabe S.A. de C.V. consiguió los proveedores en el exterior y que la compra de la mercancía se realizó con estos, toda vez que de la comprobación de las operaciones facturadas Mabe debía allegar la prueba que demostrara las circunstancias en las que las mismas se desarrollaron, es decir, la circunstancia de la compra de la mercancía con los proveedores en el exterior en las cuales

intervino la controladora, porque de lo contrario esos ingresos por comisiones constituyen ingresos de fuente nacional que están sometidos a retención en la fuente.

En relación con la sanción por inexactitud, indicó que se dan los supuestos para aplicar artículo 647-1 del ET, habida cuenta que esta procede por el hecho de que el contribuyente declare pérdidas fiscales, al haber declarado gastos por mayores valores a los reales, sin que existe diferencia de criterio entre las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante: insistió en la violación de los artículos 1, 2, 3, 4, 7 y 23 del Convenio para evitar la doble imposición entre Colombia y México por falta de aplicación, al considerar que los ingresos percibidos por la controladora tienen la naturaleza de beneficios empresariales de acuerdo al artículo 7 del CDI, por lo tanto los mismos no estaban gravados con el impuesto sobre la renta en Colombia, y tampoco sometidos a retención en la fuente, en consecuencia, el mecanismo para evitar la doble tributación previsto en el artículo 22 del CDI no era aplicable al caso concreto.

Reiteró que las normas del CDI establecen que Colombia no tiene potestad para gravar los beneficios empresariales (como son las comisiones) y, por lo tanto, no es exigible la práctica de la retención en la fuente. En el mismo sentido, las limitaciones de deducibilidad previstas en las normas locales respecto del pago a no residentes (artículos 121 y 122 del Estatuto Tributario) no son aplicables con fundamento en la cláusula de no discriminación prevista en el artículo 23 del CDI analizado.

Realizó un análisis de la naturaleza jurídica de los pagos por comisiones recibidos por la controladora, el cual a la luz del CDI remunera una actividad empresarial que controladora desarrolla en virtud de su objeto social, por lo tanto, encajan en lo establecido en el artículo 7 del CDI y no debieron tratarse como otras rentas, al tenor del artículo 22 del CDI.

Aunado a lo anterior, expuso que el acto administrativo demandado vulnera por indebida aplicación los artículos 406, 121 y 122 del Estatuto Tributario, dado que el alcance normativo de los mismos cede frente a las reglas especiales de disposición de la potestad tributaria previstas en el CDI, las cuales, sin duda alguna, indican que no es exigible a Mabe Colombia la retención en la fuente sobre el pago por comisiones para que esta erogación sea deducible de la declaración de renta del año gravable 2017.

En cuanto al artículo 122 del ET resalta que la limitación de deducibilidad de los pagos al exterior relativa a los gastos no sometidos a retención no es aplicable, de acuerdo a la cláusula de no discriminación.

Referenció una violación a los artículos 42 y 137 del CPACA por indebida aplicación, al aducir que la liquidación oficial fue falsamente motivada, considerando que a pesar de reconocer que el CDI es plenamente aplicable, insiste en negar la deducibilidad del gasto por comisiones.

Finalmente, insistió en la improcedencia de imponer la sanción por inexactitud.

DIAN: Procedió a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados en el auto proferido en el trámite del proceso con soporte en el artículo 182A del CPACA, y frente al primero, relativo a si era procedente deducir de la declaración de renta del año 2017 los gastos por comisión, indicó que ello no era posible porque no se practicó la retención en la fuente siendo este un requisito para su deducción, ya que en este caso debía aplicarse el artículo 20 del CDI y no el artículo 7, como lo aduce Mabe.

Adicional a ello expuso que Mabe Colombia estaba obligada a practicar retención en la fuente a título de renta por las compras realizadas en el país y por las cuales se pagó comisión a la controladora, ya que estos pagos no se encuadran en la excepción establecidas en el literal a) del artículo 121 del ET pues no fue producto de compras de bienes en el exterior y con proveedores del exterior, sino que fueron hechas en Colombia con proveedores colombianos y por tal razón son un ingreso de fuente nacional sometido a retención en la fuente.

En cuanto al segundo problema jurídico, atinente a la sanción por inexactitud, sostuvo que se dan los presupuestos para aplicar la sanción por inexactitud en los términos del artículo 647-1 del ET, habida cuenta que esta procede por el hecho de que el contribuyente declare pérdidas fiscales, al haber declarado gastos por mayores valores a los reales.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo.

CONSIDERACIONES

Como no se observa alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, se procederá a fallar de fondo la *litis*.

Problemas jurídicos

1. ¿El gasto por comisión pagado por Mabe a la Controladora en México, era deducible del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2017, en la forma y condiciones señaladas por la parte actora?
2. ¿Se configuraron los presupuestos del artículo 647-1 del ET para aplicar sanción por inexactitud?

Lo probado en el proceso

- Mabe Colombia S.A.S. es miembro del grupo Mabe y filial de la matriz mexicana controladora Mabe S.A de C.V.; así fue afirmado por la accionante desde el primer hecho de su demanda y sin discusión alguna por las partes.
- Mabe Colombia S.A.S y Mabe S.A. de C.V., el 2 de enero de 2017 suscribieron *“Contrato de servicios por comisión”* a través del cual la primera contrató a la segunda *“(…)como su representante no exclusivo en el exterior para que planee, supervise y controle el proceso de compras de LOS PRODUCTOS requeridos por la "COMPAÑÍA" a través de políticas y procedimientos que garanticen el suministro y abastecimiento oportuno de bienes y servicios en las cantidades y calidades que la "COMPAÑÍA" requiera, al menor costo posible”*.
- En virtud del contrato de servicios por comisión la compañía se obligó a pagar al agente durante la vigencia del contrato una comisión equivalente al 2.4% del valor de las compras netas de los productos.
- Según liquidación de comisión por compras con la controladora Mabe 2017, Mabe Colombia S.A.S pagó la siguiente suma de dinero:

MABE COLOMBIA S.A.S.
LIQUIDACION COMISION POR
COMPRAS CON
CONTROLADORA MABE 2017

Nombre del Proveedor	Cedula/NIT/RUC	Nacional / E	Codigo de Proveedor	Compras Totales año
AMERICAS STYRENICS DE COLOMBIA LTDA	9001993430	Nacional	1001312	31.683.598.031
AZINSA ALUMINIO SA DE CV	AALD40507DG7	Extranjero	1000598	1.416.114.327
BACKER EHP INC	990367868	Extranjero	1001124	4.844.697.777
BRAZEWAY INC	381438692	Extranjero	1000021	2.794.175.087
EMB CORPORATION	610842053	Extranjero	1000041	553.948.831
EMBRACO LUXEMBOURG SARL	LU25838518	Extranjero	1001693	19.240.742.594
EMICOL ELECTRO ELECTRONICA LTDA	6,16857E+13	Extranjero	1000044	286.202.105
FUTURE ELECTRONICS CORP	42507468	Extranjero	1000231	181.500.429
HUNTSMAN COLOMBIA LTDA	8300585335	Nacional	1001289	47.841.956.635
LA FRANCE CORPORATION	231478614	Extranjero	1000159	222.725.423
MAPARTEL SA DE CV	MAP000915UV2	Extranjero	1000490	21.054.385
NIDEC SANKYO AMERICA CORPORATION	3519557621	Extranjero	1000013	204.866.550
REHAU SAS	9003065279	Nacional	1001339	7.667.696.809
RICH BRAND INDUSTRIES LIMITED	44J900180677360	Extranjero	1000107	117.556.137
SPG CO LTD	611376871	Extranjero	1000213	4.081.907.727
TEC AIR INC	362708624	Extranjero	1000118	439.441.829
TECUMSEH DO BRASIL LTDA	45361425	Extranjero	1000119	1.510.431.451
ZOPPAS INDUSTRIES DE MEXICO SA DE CV	ZIM990422LY2	Extranjero	1000581	147.913.269
Grand Total				123.256.529.395
Comisión	2,40%			2.958.156.705
Tipo Cambio cierre	2.984,00			991.339

Razón Social Proveedor	Identificación	Código	Base	Comisión
CONTROLADORA MABE S.A. DE C.V.	CMA811126AW9	1002	123.256.529.395,00	2.958.156.709,00

- Según constancia emitida por “Americas Styrenics de Colombia Ltda” como respuesta a requerimiento realizado por la DIAN se informó que:

AMERICAS STYRENICS DE COLOMBIA LTDA
NIT: 900.199.343 – 0
HACE COSNTAR QUE:

1. Las condiciones establecidas para las ventas del año 2017, están en los acuerdos firmados previamente entre AMERICAS STYRENICS DE COLOMBIA LTDA Y MABE COLOMBIA S.A.S.

2. De acuerdo con la información suministrada por el área de logística y comercial, todos los despachos a Mabe Colombia S.A.S son transportados en graneleras y contratados por Americas Styrenics de Colombia Ltda.

3. Los productos que Americas Styrenics de Colombia Ltda vendió a Mabe Colombia S.A.S fueron despachados desde la planta ubicada en el Km 14 vía Mamonal Cartagena Colombia.

Esta constancia se emite para soportar en punto 2 de la solicitud realizada en el requerimiento No 1023820000025; a Americas Styrenics de Colombia Ltda



ALVARO ALFONSO FERNANDEZ CARDENAS
REPRESENTANTE LEGAL
C.C. 73.126.188 Cartagena

- “Huntsman Colombia Ltda” emitió constancia el 22 de julio de 2020 donde se informa el volumen de ventas facturado a Mabe Colombia en el año gravable 2017 y se advierte que “Estos productos se despacharon a MABE COLOMBIA S.A.S. desde bodegas ubicadas en Colombia”.

- El 12 de abril de 2018 Mabe presentó su declaración del impuesto sobre la renta correspondiente al año gravable 2017, declarando una pérdida líquida del ejercicio de \$13.031.687.000, y determinando un saldo a favor de \$12.490.410.000.
- Mabe presentó declaración de corrección del impuesto sobre la renta y complementarios el 21 de noviembre de 2018, mediante formulario nro. 1113605552692 e identificado con el nro. 91000587494094.
- El 31 de julio de 2020 se emitió por la DIAN requerimiento especial nro. 10238202000000004, el cual fue atendido dentro del término legal por la demandante.
- El 6 de abril de 2021 la DIAN emitió auto de corrección nro. 00500.
- El 15 de abril de 2021 se profirió la Liquidación Oficial de Revisión nro. 102412021000004, en la cual rechazó unas deducciones por valor total de \$2.958.156.705, e impuso sanción por inexactitud..

Primer problema jurídico

¿El gasto por comisión pagado por Mabe a la Controladora en México, era deducible del impuesto sobre la renta y complementarios del año gravable 2017, en la forma y condiciones señaladas por la parte actora?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que los pagos por comisiones efectuados por Mabe Colombia a Mabe S.A. C.V, derivados del contrato de servicios por comisión no podía detraerse de la declaración de renta del año 2017, pues esa deducción debe someterse a los límites señalados de deducibilidad establecido en el artículo 122 del ET, al amparo de las reglas dadas en la C-221 de 2013, que analizó la constitucionalidad de la Ley 1568 de 2012, aprobatoria del convenio para evita doble imposición entre Colombia y México.

De conformidad con los supuestos fácticos Mabe Colombia pagó a Mabe S.A de C.V unas comisiones que tienen su origen en un contrato de servicios celebrado entre estas dos partes para la búsqueda de proveedores de los productos que la demandante requería para el desarrollo de sus operaciones en Colombia, y por lo tanto la controladora¹ fue designada como su representante no exclusivo en el exterior para que planeara,

¹ Mabe S.A de C.V

supervisara y controlara el proceso de compras de los productos requeridos, pactando una comisión equivalente al 2.4% del valor de las compras netas de los productos.

Frente a estas comisiones argumenta la accionante era factible deducirlas de la declaración de renta del año 2017, ya que en virtud del convenio de doble imposición las mismas tienen para la controladora la naturaleza de beneficios empresariales de acuerdo con el artículo 7 de esta disposición, y por lo tanto, no están gravados en Colombia y tampoco sometidos a retención en la fuente. Aunado a que considera que no puede limitarse su deducibilidad de conformidad con lo establecido en el artículo 122 del ET, porque este artículo no es aplicable a los residentes colombianos, activándose la cláusula de no discriminación del numeral 3 del artículo 23 del CDI y, por lo tanto, los gastos pagados por un residente colombiano (Mabe Colombia) en favor de un residente mexicano (controladora) son plenamente deducibles.

Frente a esta posición la DIAN expone 3 argumentos por los cuales considera que dichas comisiones no pueden deducirse:

- 1) Porque algunos de los pagos realizados a la controladora son de fuente nacional ya que la adquisición de materias primas se realizó a proveedores que se encuentran en territorio colombiano y no en el exterior por lo que sobre ellos debió realizarse la retención en la fuente para poderlos deducir, conforme al artículo 121 del ET.
- 2) Porque desde el enfoque del convenio de doble imposición, específicamente el artículo 22 de la Ley 1568 de 2012 (CDI), es clara la forma de establecer dónde debe pagarse el impuesto y hacerlo valer como descuento tributario, y como el método acordado es el del "tax-credit" quien debe emplear el crédito fiscal es la empresa residente en México (controladora) utilizando para ello el impuesto sobre la renta pagado en Colombia, vía retención en la fuente, por ello Mabe Colombia debió practicar la retención de que habla el artículo 406 del ET y era esta quien debía hacerlo valer.
- 3) Porque en aplicación del artículo 122 del ET los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país no pueden exceder el 15% de la renta líquida, pero en este caso Mabe para el año gravable 2017 no declaró renta líquida y por el contrario declaró pérdida fiscal, por lo que el valor como deducción sería cero pesos (\$0).

Los gastos por comisiones rechazados ascendieron a la cantidad de \$2.958.156.705. Con soporte en el punto #1 se rechazó la deducción por la suma de \$2.092.638.034; pero con base en los puntos 2 y 3 se rechazó la suma total de \$2.958.156.705.

Por metodología se abordará en primer momento la legalidad de los actos administrativos demandados en relación con los argumentos que sirven para rechazar la deducción por el valor total, es decir, \$2.958.156.705, lo cual se relaciona con el límite de deducibilidad establecido en el artículo 122 del ET y el artículo 22 del CDI. Y en dado caso que estos fundamentos de hecho y de derecho no prosperen se revisará lo atinente a la deducción rechazada por valor de \$2.092.638.034, frente al producto adquirido a proveedores locales y la obligación de realizar la retención en la fuente para poder descontar ese pago por comisiones de la declaración de renta.

Como se reseñó, en primer momento asevera Mabe que la limitación descrita en el artículo 122 del ET surge en razón a la residencia del perceptor del pago, es decir, que la imposibilidad de deducibilidad plena está prevista para los pagos que hagan los contribuyentes colombianos en favor de no residentes fiscales en el país, y por ello se hace necesario determinar cuál es el tratamiento que prevé el tratado en lo concerniente a la deducibilidad de los gastos realizados entre entidades de los dos Estados Contratantes, acudiendo al numeral 3 del artículo 23 del CDI, norma de la cual desprende que la deducibilidad de los pagos realizados por Mabe Colombia a título de comisiones a favor de controladora no podía ser limitada dado que la cláusula de no discriminación tiene por objeto que las limitaciones de la legislación local sobre la deducibilidad de los pagos realizados a no residentes (como sería la prevista en el artículo 122 del ET) no sean aplicables en el contexto de un CDI.

El artículo 122 del ET dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 122. LIMITACIÓN A LAS DEDUCCIONES DE LOS COSTOS Y GASTOS EN EL EXTERIOR. <Artículo modificado por el artículo 71 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> *Los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país, no pueden exceder del quince por ciento (15%) de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones, salvo cuando se trate de los siguientes pagos:*

1. Aquellos respecto de los cuales sea obligatoria la retención en la fuente.

2. Los contemplados en el artículo 25.

3. Los pagos o abonos en cuenta por adquisición de cualquier clase de bienes corporales.

4. Aquellos en que se incurra en cumplimiento de una obligación legal, tales como los servicios de certificación aduanera.

5. Los intereses sobre créditos otorgados a contribuyentes residentes en el país por parte de organismos multilaterales de crédito, a cuyo acto constitutivo haya adherido Colombia, siempre y cuando se encuentre vigente y en él se establezca que el respectivo organismo multilateral está exento de impuesto sobre la renta.

Frente al tratamiento que da el CDI a la deducibilidad de los gastos realizados entre entidades de dos Estados Contratantes, el numeral 3 del artículo 23 de la Ley 1568 de 2012, que es el citado por la parte actora para soportar su argumento, establece:

NO DISCRIMINACIÓN.

1. Los nacionales de un Estado Contratante no serán sometidos en el otro Estado Contratante a ninguna imposición u obligación relativa a la misma que no se exija o que sea más gravosa que aquellas a las que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del Artículo 1o, la presente disposición también es aplicable a las personas que no sean residentes de uno o de ambos Estados Contratantes.

2. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante no serán sometidos en ese Estado a una imposición menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Nada de lo establecido en este artículo podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado Contratante a conceder a los residentes del otro Estado Contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

3. A menos que se apliquen las disposiciones del párrafo 1 del Artículo 9o, del párrafo 7 del Artículo 11 o del párrafo 6 del Artículo 12, los intereses, las regalías o demás gastos pagados por una empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante son deducibles, para determinar los beneficios sujetos a imposición de esta empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado Contratante contraídas con un residente del otro Estado Contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio sometido a imposición de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.

4. Las sociedades que sean residentes de un Estado Contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, poseído o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado Contratante, no se someterán en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidas otras sociedades similares del Estado mencionado en primer lugar.

5. No obstante lo dispuesto por el Artículo 2o, las disposiciones del presente artículo se aplicarán a los impuestos de cualquier naturaleza y denominación.

La sentencia C-221 de 2013, que analizó la constitucionalidad de la Ley 1568 de 2012, aprobatoria del convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal entre Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, frente al análisis material del convenio precisó:

5.- Análisis material del Convenio

[...]

5.1.- Aspectos generales sobre los Convenios para evitar la doble tributación y su alcance normativo. Reiteración de jurisprudencia.

Los Estados mediante la legislación interna y basándose en la facultad que poseen para establecer su propio sistema tributario, buscan gravar los ingresos que obtengan sus ciudadanos, ya sea a través de actividades que reportan un beneficio económico originadas en un país diferente, o que se desarrollen dentro de su mismo territorio. Sin embargo, en ejercicio de esta potestad, surgen conflictos de aplicación de la ley tributaria en el espacio y de la pluralidad de elementos de conexión, dando lugar al fenómeno de la doble tributación internacional.

La doble tributación internacional implica la aplicación de dos o más normas tributarias por parte de diferentes Estados sobre un mismo supuesto fáctico (hecho generador). Este conflicto de aplicación de la ley se suma a la presencia de los llamados “elementos de conexión”, definidos como: “relaciones existentes entre las personas, los objetos y los hechos con los ordenamientos tributarios de dos o más Estados, pudiendo ser subjetivos, si se vinculan con las personas (nacionalidad o la residencia), u objetivos, si reportan a las cosas y a los hechos (fuente de producción o pago de la renta, lugar del ejercicio de la actividad, ubicación de los bienes, localización del establecimiento permanente o sitio de celebración del contrato)”².

Lo anterior significa que la doble tributación puede presentarse en virtud del ejercicio de la jurisdicción tributaria de la fuente y de la jurisdicción tributaria de la residencia. En el primer caso, un Estado grava los ingresos percibidos por una persona natural o

² Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2009

jurídica que no es residente de dicho Estado, pero cuyo ingreso económico proviene de la venta o uso de bienes, servicios, capital y otros recursos a personas dentro de su territorio; es decir, cuando se obtiene un beneficio o aprovechamiento de los servicios de ese Estado, por lo que este considera necesario exigir el pago de una obligación fiscal. En el segundo evento, el Estado grava los ingresos que perciben sus propios residentes, ya que además de estar presente la circunstancia del aprovechamiento de los bienes y servicios para ejercer la actividad que le genera tales beneficios, se suma el hecho de existir mayor facilidad de obtenerlos para un residente que para una persona que no lo es³.

Ahora, vale decir que por regla general los Convenios para evitar la doble imposición se encuentran dirigidos a propender porque el gravamen de las utilidades obtenidas por las empresas sea impuesto por el Estado de la residencia, es decir, aquel donde reside el titular de los ingresos. Sin embargo, excepcionalmente se permite que el Estado de la fuente imponga dichos gravámenes sobre las actividades que ejercen empresas extranjeras en su territorio de manera constante, a través del establecimiento permanente.

Esta Corporación ha hecho referencia a la clasificación realizada por la doctrina respecto de las formas en que puede manifestarse el conflicto de la doble imposición. Al respecto, en la sentencia C-460 de 2010 se resumió el asunto de la siguiente manera:

*“La doctrina especializada ha reconocido al menos tres formas de doble imposición, a saber: (i) conflicto fuente – fuente; (ii) conflicto residencia – residencia; (iii) conflicto fuente – residencia. El **conflicto fuente – fuente** surge cuando dos jurisdicciones tributarias, de conformidad con sus normas fiscales internas, consideran que el ingreso se generó dentro de su territorio. De esta forma, ambos países aducen ser la fuente generadora de dicha renta. El **conflicto residencia – residencia**, por otro lado, ocurre cuando dos jurisdicciones tributarias afirman ser del país de la residencia del sujeto generador del ingreso gravable. Y finalmente, el **conflicto fuente – residencia** se suscita cuando una jurisdicción tributaria grava determinado ingreso por haber sido percibido por uno de sus sujetos residentes, mientras que otra lo somete a un impuesto porque la renta se generó dentro de sus fronteras.⁴”*

Para solucionar los conflictos mencionados los Estados acuden a diferentes métodos a través de su legislación interna. En primer lugar, se ha apelado a la exención tributaria total de aquellos ingresos percibidos por un residente de un Estado pero que provengan de una fuente extranjera; de esta manera, los residentes de ese Estado únicamente estarían obligados a pagar obligaciones tributarias respecto de los ingresos generados dentro de ese territorio.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-460 de 2010.

⁴ Roy Rohatgi, *Principios básicos de tributación internacional*. Traducción de Juan Manuel Idrovo. (Bogotá: Legis, 2008), p. 32.

Adicionalmente, se usan otras figuras tales como el método denominado “foreing tax credit”, que busca solucionar el conflicto fuente – residencia al descontar los impuestos que son pagados en el exterior, donde la jurisdicción tributaria de la residencia del contribuyente tiene la facultad de gravar los ingresos percibidos tanto en su territorio como en el de cualquier otro Estado, pero permitiendo que los impuestos pagados por la renta generada fuera del territorio sean descontados para efectos de calcular la obligación tributaria a pagar. Un segundo método es el llamado “tax sparing”, mediante el cual es permitido descontar los impuestos efectivamente pagados en el exterior así como aquellos que se hubieran pagado de no existir una exención tributaria.⁵

Estas soluciones, vistas desde el derecho interno, han sido acompañadas por otro mecanismo adicional constituido para dirimir los conflictos de doble tributación, esta vez a nivel internacional, a través de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI), también conocidos como Acuerdos para evitar la Doble Tributación (ADT), definidos como “acuerdos solemnes entre los Estados Contratantes que tienen una naturaleza jurídica dual, puesto que son tratados internacionales y al mismo tiempo forman parte del ordenamiento jurídico interno, cuyo objetivo principal es el de eliminar los conflictos positivos de tributación, originados por el ejercicio de la soberanía fiscal de los Estados”⁶.

Los objetivos principales de este tipo de acuerdos fueron definidos por esta Corporación en reciente jurisprudencia, así⁷:

Mecanismo de solución de conflictos entre normas tributarias: su propósito es el de fungir como medio para solucionar los conflictos que se presenten en la aplicación de normas tributarias de diferentes Estados que permiten la imposición del ingreso que percibe una persona por un mismo hecho generador y por el mismo periodo de tiempo.

Control a la evasión fiscal: mediante las disposiciones incluidas en el Acuerdo se busca incluir a través de diversas reglas, fórmulas para prevenir la evasión fiscal y de esta forma evitar que los contribuyentes que realicen actividades que les reportan un beneficio económico en más de un país trasladen a la jurisdicción de menor imposición rentas carentes de cualquier factor de conexión con aquella⁸.

Eficiencia y seguridad jurídica: permiten aumentar la competitividad de un Estado, puesto que el carácter de uniformidad con el que cuentan las reglas consagradas en el Convenio evitan que la estructura propia del sistema tributario de un país se convierta en un factor que influya en la decisión para las inversiones extranjeras.

⁵ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-460 de 2010.

⁶ Instituto Colombiano de Derecho Tributario. “Estudios de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición.” Legis Editores S.A. Pág. 9. Cfr. Sentencia C-295 de 2012.

⁷ Corte Constitucional Sentencia C-460 de 2010

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-388 de 2008 y C-577 de 2009.

Estímulo a la inversión: al reducir los niveles de tributación se estimula la inversión extranjera, particularmente en países con niveles medios o bajos de desarrollo.

En Colombia se ha hecho uso de esta clase de instrumentos internacionales en varias oportunidades, a saber: el Convenio de doble imposición entre Colombia y España, aprobado por la Ley 1082 de 2006 (Sentencia C- 383 de 2008); el Convenio de doble imposición entre Colombia y Chile, aprobado por la Ley 1261 de 2008 (Sentencia C-577 de 2009); el Convenio de doble imposición entre Colombia y Suiza, aprobado por la Ley 1344 de 2009 (Sentencia C-460 de 2010); y el Convenio de doble imposición entre Colombia y Canadá, aprobado por la Ley 1459 de 2011 (Sentencia C-295 de 2012).

En cuanto a la aplicación de este tipo de tratados internacionales dentro de la legislación interna, esta Corte ha explicado que la misma es de carácter preferente, no porque se trate de una norma de mayor jerarquía, sino en virtud del criterio de especialidad, esto es, únicamente respecto de los impuestos sobre la renta y el patrimonio, siendo aplicable para los demás casos las disposiciones nacionales pertinentes⁹.

Y en relación con el artículo 23 de esta norma explicó la sentencia:

5.4.13.- Artículos 23º y 26º.

El primero contiene el principio de no discriminación en materia tributaria, según el cual: “Los nacionales de un Estado Contratante no serán sometidos en el otro Estado Contratante a ninguna imposición u obligación relativa a la misma que no se exija o que sea más gravosa que aquellas a las que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia”. En otras palabras, las autoridades competentes en uno y otro Estado otorgarán a los nacionales del otro Estado que deban tributar ante ellas un tratamiento semejante al que darían a sus propios nacionales¹⁰.

El segundo consagra las normas anti abuso según las cuales los residentes de cualquiera de los Estados Contratantes tienen derecho a los beneficios del Convenio, previo cumplimiento de los requisitos allí establecidos.

Estos artículos no contrarían la Carta Política y por el contrario se encuentran sujetos a lo dispuesto en el artículo 9º la misma en

⁹ Cfr., Corte Constitucional, Sentencia C-460 de 2010. La sentencia explicó que el Convenio y su Protocolo deben guardar total armonía con las disposiciones de la Carta Política, esto es, sin contravenir los preceptos que en ella se encuentran incorporados, conforme a lo consagrado en el artículo 4 Superior. Además, su cumplimiento debe ligarse con el principio de pacta sunt servanda, según el cual los compromisos internacionales adquiridos por los Estados deben cumplirse de buena fe.

¹⁰ Cfr. Sentencia C-383 de 2008

virtud del principio de reciprocidad en las relaciones internacionales.

Conforme a la anterior jurisprudencia, “...Los nacionales de un Estado Contratante no serán sometidos en el otro Estado Contratante a ninguna imposición u obligación relativa a la misma que no se exija o que sea más gravosa que aquellas a las que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia”. En otras palabras, las autoridades competentes en uno y otro Estado otorgarán a los nacionales del otro Estado que deban tributar ante ellas un tratamiento semejante al que darían a sus propios nacionales...”

Al revisar los argumentos de la DIAN plasmados en el requerimiento especial y en la liquidación oficial de revisión en relación con este punto, se advierte que la entidad no discute la aplicación del CDI, simplemente sostiene que se debe acudir al artículo 122 del ET para determinar la posibilidad de deducir el gasto como ocurriría con cualquier contribuyente, independiente de la existencia del convenio que incluso consigna la posibilidad de deducir ese gasto.

Requerimiento especial:

3. Desde el enfoque de la limitación de las deducciones de los costos y gastos en el exterior que trata el artículo 122 del Estatuto Tributario.

Teniendo en cuenta que este artículo contempla que los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas dentro del país no puede exceder del 15% de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones, salvo cuando se trate de aquellos pagos respecto de los cuales sea obligatoria la retención en la fuente, se encuentra que el pago de \$2.958.156.705, como se mostrará a continuación, no está cumpliendo esta regla:

Renta líquida antes de los gastos del exterior sujetos a limitación	0
Limitación del 15%	0

Continuación del Requerimiento Especial No. de fecha

Página No. 15 de 21

Valor a rechazar aplicando la regla del art. 122 ET

2.958.157.705

Código Acto 0401

Se utiliza esta regla, que dimana de la aplicación del texto del artículo 122 ET, y que ha sido objeto de reiterada doctrina, para lo cual nos valemos de uno de los varios conceptos, el 019184 del 1 de abril de 2004, que entre otros nos indica, sobre este tema “....En suma, la renta líquida, computada antes de descontar tales costos o deducciones, a que se refiere el artículo 122 del Estatuto Tributario, es la renta líquida sobre la que teóricamente debería tributar el contribuyente, si no existiera el beneficio adicional de disminuiría por otras expensas en el exterior hasta en un quince (15%), que una vez calculado se detrae inmediatamente de la renta líquida teórica, y antes de compensaciones por pérdidas fiscales y por exceso de renta presuntiva.

Con base en lo expuesto, este Despacho concluye de acuerdo con la interpretación armónica e integral del artículo 122 del Estatuto Tributario, que la limitación del quince por ciento (15%) por expensas en el exterior, se debe determinar con base en la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar los costos y deducciones sometidos a limitación”

Como la renta líquida del ejercicio se declaró en cero (0), y por el contrario declaró pérdida fiscal para este año, dando aplicación a la norma, el valor resultante máximo que puede detraerse es cero (0). En consecuencia bajo el enfoque de la aplicación del artículo 122 en su limitación hasta el 15%, nos es procedente la deducción por valor de \$2.958.156.705

Liquidación oficial

	Página No. 16 de 30
Continuación de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412021000004 de fecha 15 de abril de 2021	
Código Acto 0501	
constituye para este Despacho la razón suficiente y definitiva para tomar la decisión y aceptar dicho gasto como deducible.	
c) Desde el enfoque de la limitación de las deducciones de los costos y gastos en el exterior que trata el artículo 122 del E.T.	
El artículo 122 del E.T. ⁴ es claro al establecer que los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país, no pueden exceder del quince por ciento (15%) de la renta líquida del contribuyente, computada antes de descontar tales costos o deducciones, salvo cuando se trate de entre otros: aquellos respecto de los cuales sea obligatoria la retención en la fuente.	
En este caso en análisis, teniendo en cuenta que las comisiones pagadas por Mabe a Controladora sumaron \$ 2.958.157.705, y la sociedad Mabe para el año gravable 2017 NO DECLARA una renta líquida y por el contrario declara pérdida fiscal, el valor que podría solicitar como deducción sería cero (0).	
En síntesis, aunque SÓLO UNA de las 3 posturas planteadas por la División de Gestión de Fiscalización para sustentar el rechazo, se encuentra a favor del contribuyente; las otras 2 son tan claras de hecho y jurídicamente para concluir que se rechaza la suma de \$ 2.958.158.000 de comisiones pagadas por MABE COLOMBIA S.A.S. - NIT 890.801.748 a Controladora Mabe S.A. de C.V.	
TOTAL A RECHAZAR: \$ 2.958.157.000	

En primer momento se evidencia que, esos pagos por comisiones no fueron objeto de retención en la fuente, lo que de entrada implica que no puedan deducirse en su totalidad de la declaración de renta, al tenor de lo establecido en el artículo 122 del ET; por ello, debe acudirse al límite del 15% establecido en la norma para proceder a detraer el gasto.

Aunado a ello, la Sala no desprende de la disposición mencionada lo afirmado por la parte actora en el sentido que, la limitación surge en razón a la residencia del perceptor del pago, pues esta norma simplemente indica que los costos o deducciones por expensas en el exterior para la obtención de rentas de fuente dentro del país no puede exceder del 15% de la renta líquida del contribuyente, al margen de cuál sea la residencia fiscal del perceptor del ingreso, en este caso de la controladora.

Ahora, al revisar la redacción del numeral 3 del artículo 23 de la Ley 1568 de 2012 se encuentra que, en él se establece que efectivamente los demás gastos pagados por una empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante son deducibles, añadiendo que lo serán en las mismas condiciones que si hubieren sido pagados a un residente del estado mencionado en primer lugar.

Ello denota que, las comisiones pagadas por Mabe Colombia a la controladora, en principio, podrían detraerse de la declaración de renta; sin embargo, de acuerdo a lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada, la no discriminación propende porque los nacionales de un Estado Contratante no sean sometidos en el otro

Estado Contratante a ninguna imposición u obligación relativa a la misma que no se exija o sea más gravosa que aquellas a las que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones; es decir, procurar que no se establezcan reglas entre los Estados Contratantes diferentes a las establecidas en el país para ese tipo de pagos, y en este caso se trata de la misma regla de deducibilidad para cualquiera que declare renta en Colombia.

Considera la Sala que, aunque no existiese el CDI, sí se consagra una norma interna que establece un límite a la deducibilidad de esos gastos por concepto de pagos en el exterior; es decir, en este caso no se advierte que se esté inaplicando el convenio, sino que se está sometiendo al contribuyente, en igualdad de condiciones, a las deducciones que están establecidas para todos los demás contribuyentes en Colombia, es decir, no se trata de una carga impositiva adicional.

En la liquidación oficial de revisión de plasmó lo siguiente en torno a la nueva obligación impositiva:

Página No. 17 de 30			
Continuación de la Liquidación Oficial de Revisión No. 102412021000004 de fecha 15 de abril de 2021			
Código Acto 0501			
REGLON	CONCEPTO	VALOR DECLARADO	VALOR DETERMINADO
44	INGRESOS BRUTOS DE ACTIVIDADES ORDINARIAS	\$ 795.967.377.000	\$ 795.967.377.000
45	INGRESOS FINANCIEROS	\$ 16.942.810.000	\$ 16.942.810.000
49	OTROS INGRESOS	\$ 2.874.624.000	\$ 2.874.624.000
50	TOTAL, INGRESOS BRUTOS	\$ 815.784.811.000	\$ 815.784.811.000
51	DEVOLUCIONES, REBAJAS Y DESCUENTOS	\$ 58.937.053.000	\$ 58.937.053.000
52	INGRESOS NO CONSTITUTIVOS DE RENTA NI GANANCIA OCASIONAL	\$ -	\$ -
54	TOTAL, INGRESOS NETOS	\$ 756.847.758.000	\$ 756.847.758.000
55	COSTOS	\$ 631.093.314.000	\$ 631.093.314.000
56	GASTOS DE ADMINISTRACIÓN	\$ 31.376.613.000	\$ 31.376.613.000
57	GASTOS DE DISTRIBUCIÓN Y VENTAS	\$ 85.180.278.000	\$ 82.222.121.000
58	GASTOS FINANCIEROS	\$ 20.899.945.000	\$ 20.899.945.000
59	OTROS GASTOS Y DEDUCCIONES	\$ 1.329.295.000	\$ 1.329.295.000
60	TOTAL, COSTOS Y GASTOS DEDUCIBLES	\$ 769.879.445.000	\$ 766.921.288.000
64	RENTA LÍQUIDA ORDINARIA DEL EJERCICIO	\$ -	\$ -
65	PÉRDIDA LÍQUIDA ORDINARIA DEL EJERCICIO	\$ 13.031.687.000	\$ 10.073.530.000
66	COMPENSACIONES	\$ -	\$ -
67	RENTA LÍQUIDA	\$ -	\$ -

Es claro que, para este caso, de acuerdo al anterior cuadro, que Mabe en el denuncia rentístico del año 2017 declaró la renta líquida en cero pesos (\$0), incluso declaró pérdida fiscal, lo que ocasionaba que el valor que podía detraerse era cero pesos (\$0). Debe advertirse que Mabe nunca refuta que haya establecido una renta líquida por este valor, pues sus argumentos giran en torno a la norma que debe aplicarse y su interpretación en cuento a la deducción del pago de comisiones.

Este análisis es suficiente para considerar que no le asiste razón a Mabe cuando argumenta que podía deducir la totalidad de las comisiones pagadas a la controladora de la

declaración de renta del año gravable 2017 con soporte en el CDI, ya que, aunque le aplica esa norma, también el artículo 122 del ET, disposición en la cual se establece la renta líquida determinada en el denuncia rentístico del año 2017 la que imposibilita detraer alguna suma de dinero por estos gastos en el exterior.

Aunado a lo anterior, y como argumento adicional frente a la imposibilidad de descontar los pagos por comisiones, el artículo 22 del CDI establece lo siguiente:

ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN.

1. Con arreglo a las disposiciones y sin perjuicio de las limitaciones establecidas en la legislación de México, conforme a las modificaciones ocasionales de esta legislación que no afecten sus principios generales, México permitirá a sus residentes acreditar contra el impuesto mexicano:

a) El impuesto colombiano pagado por ingresos provenientes de Colombia, en una cantidad que no exceda del impuesto exigible en México sobre dichos ingresos; y

b) En el caso de una sociedad que detente al menos el 10 por ciento del capital de una sociedad residente de Colombia y de la cual la sociedad mencionada en primer lugar recibe dividendos, el impuesto colombiano pagado por la sociedad que distribuye dichos dividendos, respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos.

2. En Colombia, la doble imposición se evitará de la manera siguiente:

Cuando un residente de Colombia obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante, Colombia permitirá, dentro de las limitaciones impuestas por su legislación interna:

a) El descuento del impuesto sobre la renta efectivamente pagado por ese residente por un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en México;

b) El descuento del impuesto sobre el patrimonio de ese residente por un importe igual al impuesto pagado en México sobre esos elementos patrimoniales;

c) El descuento del impuesto sobre la renta efectivamente pagado por una sociedad que reparte los dividendos correspondientes a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan.

Sin embargo, dicho descuento no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre el patrimonio, calculados antes del descuento, correspondiente a las rentas o a

los elementos patrimoniales que puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante.

3. Cuando con arreglo a cualquier disposición de este Convenio las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en dicho Estado Contratante, este podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas o el patrimonio exentos para calcular el impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de ese residente.

En el requerimiento especial la DIAN consignó que de conformidad con este artículo:

Es claro que para Colombia, el método que ha acordado con los otros países es el del Tax-credit, por lo que para el caso que aquí atañe quien debe utilizar el crédito fiscal es la empresa residente en México, es decir CONTROLADORA MABE, utilizando para ello el impuesto sobre la renta pagado en Colombia (Estado fuente del ingreso) vía retención en la fuente. Ello lleva a concluir que MABE COLOMBIA S.A.S. (empresa colombiana) debió haberle practicado la retención en la fuente de que habla el artículo 406 del Estatuto Tributario, sobre el pago aquí en cuestión, a CONTROLADORA MABE. (empresa Mexicana) y era esta quien debía hacerlo valer como crédito fiscal en México.

La aplicación del artículo 22 del convenio suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos Mexicanos, no deja lugar a dudas, pues es específica en su forma de establecer donde se debe pagar el impuesto y hacerlo valer como descuento tributario.

Esta situación conlleva a concluir que no es procedente reconocer como deducción el gasto por concepto comisión por compras que se hizo a CONTROLADORA MABE S.A. de C.V. por cuantía de \$2.958.156.705 pues sobre ellos no se practicó retención en la fuente a que había lugar, como lo establece el artículo 406 del estatuto tributario.

Para este caso, Mabe Colombia no probó que en México fuera sujeto pasivo de algún impuesto, simplemente está probado que declaró renta en Colombia. En tal sentido, se comparte el argumento de la DIAN en el entendido que de acuerdo al método acordado “tax credit” quien podría deducir ese pago por comisiones sería la controladora, en caso de habersele realizado retención en la fuente en Colombia, al momento de declarar renta en México; pero Mabe Colombia no podría deducirse tal pago ya que no está probado que en México haya declarado renta. Lo anterior, porque finalmente lo que se busca, en parte, con estos convenios, como se ha expuesto con suficiencia, es evitar la doble imposición, tal como lo explicó la sentencia de la Corte Constitucional.

Así las cosas, se negarán pretensiones al considerar que los actos administrativos demandados no incurrieron en indebida aplicación de la ley, ya que se comparte que Mabe no podía deducir de su declaración de renta las comisiones pagadas a la controladora, de conformidad con los argumentos expuestos en el concepto de la violación; dejando claro que no se revisará el tema atinente a los proveedores locales y la obligación de realizar la retención en la fuente al tenor de lo establecido en el artículo 121 del ET, porque estas operaciones solo se referirían a la imposibilidad de deducir una parte de las comisiones, pero el estudio realizado conlleva el no poder descontar suma alguna por concepto de este gasto realizado en el exterior.

Segundo problema jurídico

¿Se configuraron los presupuestos del artículo 647-1 del ET para aplicar sanción por inexactitud?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que procede la sanción por inexactitud en atención a que Mabe incluyó en su declaración sobre la renta del año 2017 deducciones improcedentes, sin que se encuentre razón alguna para considerar que esto se derivó de una interpretación razonable del derecho aplicable.

Frente a la sanción por inexactitud considera Mabe que no realizó ninguno de los hechos sancionables previstos en el artículo 647 del Estatuto Tributario. Adicionalmente manifiesta que la empresa interpretó correctamente la normativa local y el CDI y, en consecuencia, el gasto por comisiones era plenamente deducible.

Por su parte la DIAN aduce que se dan los supuestos para aplicar artículo 647-1 del ET, habida cuenta que esta procede por el hecho de que el contribuyente declare pérdidas fiscales al haber declarado gastos por mayores valores a los reales, sin que en este caso exista diferencia de criterio entre las partes.

El artículo 647 del ET establece lo siguiente:

ARTÍCULO 647. INEXACTITUD EN LAS DECLARACIONES TRIBUTARIAS. <Artículo modificado por el artículo 287 de la Ley 1819 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye inexactitud sancionable en las declaraciones tributarias, siempre que se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente, agente retenedor o responsable, las siguientes conductas:

1. La omisión de ingresos o impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes, activos o actuaciones susceptibles de gravamen.

2. No incluir en la declaración de retención la totalidad de retenciones que han debido efectuarse o el efectuarlas y no declararlas, o efectuarlas por un valor inferior.

3. La inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos, inexistentes o inexactos.

4. La utilización en las declaraciones tributarias o en los informes suministrados a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de datos o factores falsos, desfigurados, alterados, simulados o

modificados artificialmente, de los cuales se derive un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente, agente retenedor o responsable.

5. Las compras o gastos efectuados a quienes la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hubiere declarado como proveedores ficticios o insolventes.

6. Para efectos de la declaración de ingresos y patrimonio, constituye inexactitud las causales enunciadas en los incisos anteriores, aunque no exista impuesto a pagar.

PARÁGRAFO 1o. *Además del rechazo de los costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos que fueren inexistentes o inexactos, y demás conceptos que carezcan de sustancia económica y soporte en la contabilidad, o que no sean plenamente probados de conformidad con las normas vigentes, las inexactitudes de que trata el presente artículo se sancionarán de conformidad con lo señalado en el artículo 648 de este Estatuto.*

PARÁGRAFO 2o. *No se configura inexactitud cuando el menor valor a pagar o el mayor saldo a favor que resulte en las declaraciones tributarias se derive de una interpretación razonable en la apreciación o interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos.*

El artículo 647 del ET establece que procede la sanción por inexactitud, entre otros eventos, cuando en la declaración se incluyan costos, deducciones inexistentes y en general la utilización en las declaraciones tributarias de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados de los cuales se derive un menor impuesto a cargo, o un mayor saldo a favor.

Al respecto, el Consejo de Estado señaló¹¹:

“Respecto de los errores de apreciación o de la diferencia de criterios, la Sala ha dicho que debe versar sobre el derecho aplicable, con la condición que los hechos y cifras declaradas sean veraces y completos. De esta manera, existe diferencia de criterio “cuando la discrepancia debe basarse en una argumentación sólida que, aunque equivocada, permita concluir que su interpretación en cuanto al derecho aplicable llevó al convencimiento que su actuación estaba amparada legalmente, pero no ocurre lo mismo, cuando a pesar de su apariencia jurídica, no tiene fundamento objetivo y razonable”¹².

¹¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C.P.: Jorge Octavio Ramírez, 22 de febrero de 2018, Radicación: 250002337000201300359-01 (21304).

¹² Cita de cita: Sentencia del 12 de marzo de 2009, radicado 16575, C.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia. Reiterada en la sentencia del 6 de agosto de 2014, radicado 250002327000-2009-00220-01 [19288], C.P. Jorge Octavio Ramírez.

Para poder concluir que hay diferencia de criterio es imprescindible que se parta del hecho de que la redacción de la norma permite varias interpretaciones.”(Subraya la Sala)

Aunque en este caso no se discute la veracidad del pago por comisiones realizados por Mabe Colombia a la controladora, es decir, que las operaciones realmente existieron, sí se controvierte que las mismas se hayan podido deducir en la declaración de renta del año 2017; consagrando el numeral 3 de la norma citada que la inclusión de deducciones inexactas que den lugar a un menor impuesto o saldo a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente darán lugar a la sanción por inexactitud, lo cual se evidencia ocurre en el *sub lite*, porque el haber detraído la totalidad del valor cancelado por concepto de comisiones generó un mayor saldo a favor.

En cuanto a la posibilidad de exonerarse de la sanción, el parágrafo 2 del artículo 647 del ET consagra que ello ocurrirá cuando el mayor saldo a favor o el menor valor a pagar se derive de una interpretación razonable del derecho aplicable, supuesto que se considera no se presente en este caso, ya que, aunque es cierta la aplicación preferente de los convenios de doble imposición sobre las disposiciones nacionales, tal como lo señaló la Corte Constitucional, lo cual en este caso no se desconoce por la DIAN, esa misma corporación en la sentencia que estudió la constitucionalidad de la Ley 1568 de 2012 determinó la aplicación del artículo de no discriminación, dejando claro que la finalidad del mismo es que las autoridades competentes en uno y otro Estado Contratante otorguen a los nacionales del otro Estado que deban tributar ante ellas un tratamiento semejante al que darían a sus propios nacionales, y en este caso el tener que acudir al artículo 122 del ET, se advierte que la disposición de ninguna manera ofrece, de acuerdo a su redacción, una interpretación diferente, ya que esta establece un límite en relación con deducciones por pagos en el exterior.

Por lo anterior, se considera que tampoco procede exonerar a Mabe Colombia de la sanción por inexactitud.

Conclusiones

Al no proceder la deducción de las comisiones pagadas por Mabe Colombia a Mabe S.A de C.V de la declaración de renta del año gravable 2017, y tampoco la exoneración de la sanción por inexactitud, deberán negarse las pretensiones de la demanda.

Costas

Conforme al artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas a la parte demandante y a favor de la demandada, pero únicamente en lo atinente al rubro de agencias en derecho.

Atendiendo al criterio objetivo valorativo, como en este proceso no se advierte que se haya incurrido en expensas, es decir, en gastos durante el trámite del juicio relativos a notificaciones, pruebas, copias, entre otros, pero sí que la DIAN se vio en la necesidad de defender sus intereses a través de apoderado, el cual actuó en las diferentes etapas procesales, es procedente la condena en costas, pero solo a título de agencias en derecho, las que se tasan en un valor de \$30.173.190 (3% de la cuantía¹³), de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, a favor de la DIAN y a cargo de la parte demandante.

Por lo discurrido, **LA SALA PRIMERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NEGAR las pretensiones formuladas dentro del presente proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por **MABE COLOMBIA S.A.S** contra la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**, de conformidad con las consideraciones que anteceden.

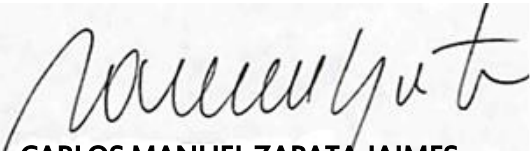
SEGUNDO: CONDENAR en costas, únicamente en lo atinente a agencias en derecho, al **MABE COLOMBIA S.A.S** cuya liquidación y ejecución se harán conforme al artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$30.173.190 m/cte a favor de la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso, **DEVUÉLVANSE** los remanentes si los hubiere. **ARCHÍVENSE** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el Programa Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

¹³ \$1.005.773.000, correspondiente a la sanción por inexactitud.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 03 de agosto de 2023, conforme acta nro. 044 de 2023.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO
Notificación por Estado Electrónico nro. 135 del 08 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL

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

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17001-23-33-000-2023-00135-00
MEDIO DECONTROL	CUMPLIMIENTO DE NORMAS CON FUERZA MATERIAL DE LEY O ACTOS ADMINISTRATIVO
DEMANDANTE	CÉSAR AUGUSTO AGUDELO LÓPEZ
DEMANDADO	MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - COMISIÓN NACIONAL INTERSECTORIAL PARA EL ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN.

Procede la Sala Primera de Decisión a resolver sobre la admisión de la demanda en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Se pretende con el medio de control de la referencia que el Ministerio de Educación Nacional acate el contenido de los artículos 15 y 16 de la Resolución nro. 10687 del 9 de octubre de 2019, concernientes a la convalidación de títulos por precedente administrativo, con la finalidad que al actor, bajo esta modalidad, se le valide el título de Maestría en Educación en Derechos Humanos otorgado por el Centro de Cooperación Regional para la Educación de Adultos en América Latina y el Caribe, con sede en México.

A través de providencia del 26 de julio de 2023 se ordenó corregir la demanda, pues no aportó prueba de haber enviado la demanda a las demandadas y la prueba de la constitución en renuencia, para lo cual se otorgó un plazo de 2 días, al tenor de lo establecido en el artículo 12 de la Ley 393 de 1997, contados a partir de la notificación del auto, lo cual ocurrió el 27 de julio.

Según constancia secretarial, dentro del plazo otorgado para subsanar el libelo petitorio, se allegó memorial de corrección.

CONSIDERACIONES

Al tenor de lo establecido en los artículos 8 y 12 de la Ley 393 de 1997, en concordancia con el numeral 3 del artículo 161 y el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, el despacho sustanciador del proceso mediante auto del 26 de julio de 2023 ordenó corregir la demanda, so pena de rechazo, en los siguientes aspectos:

- *Aporte el documento mediante el cual se constituyó en renuencia al Ministerio de Educación Nacional – Comisión Nacional Intersectorial para el Aseguramiento de la Calidad de Educación.*
- *Allegue, si es del caso, el acto administrativo que resolvió acerca de la convalidación del título.*
- *Acredite el envío de la demanda y sus anexos, y ahora también de la corrección de la demanda, a la entidad demandada.*

El artículo 12 de la Ley 393 de 1997 consagró lo siguiente:

ARTICULO 12. CORRECCION DE LA SOLICITUD. *Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la demanda el Juez de cumplimiento decidirá sobre su admisión o rechazo. Si la solicitud careciere de alguno de los requisitos señalados en el artículo 10 se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de dos (2) días. Si no lo hiciere dentro de este término la demanda será rechazada. En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8o, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano.*

Si la solicitud fuere verbal, el Juez procederá a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante.

Según constancia secretarial que reposa en el archivo #32 del expediente digital, dentro del plazo otorgado, el actor presentó escrito de corrección; y al revisar el memorial y los anexos aportados con el mismo se evidencia que, en relación con las órdenes de subsanación acató la relativa a enviar la demanda, los anexos y la corrección a la demandada, tal como se desprende del documento que se encuentra en el archivo #16.

Pero al examinar los anexos que reposan entre los archivos 17 a 31 del expediente digital, no se encuentra el escrito mediante el cual se constituyó en renuencia a la entidad demandada, o algún documento contentivo de la respuesta que esta pudo emitir en relación con este requisito de procedibilidad.

La Ley 1437 de 2011, CPACA, en el numeral 3 del artículo 161 consagra:

ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. *La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:*
(...)

3. Cuando se pretenda el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo, se requiere la constitución en renuencia de la demandada en los términos del artículo 8o de la Ley 393 de 1997
(...)

Los artículos 8 y 12 de la Ley 393 de 1997 dispone:

ARTICULO 8o. PROCEDIBILIDAD. *La Acción de Cumplimiento procederá contra toda acción u omisión de la autoridad que incumpla o ejecute actos o hechos que permitan deducir inminente incumplimiento de normas con fuerza de Ley o Actos Administrativos. También procederá contra acciones u omisiones de los particulares, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud. Excepcionalmente se podrá prescindir de este requisito, cuando el cumplirlo a cabalidad genere el inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable ~~para el accionante~~, caso en el cual deberá ser sustentado en la demanda.

También procederá para el cumplimiento de normas con fuerza de Ley y Actos Administrativos, lo cual no excluirá el ejercicio de la acción popular para la reparación del derecho.

ARTICULO 12. CORRECCION DE LA SOLICITUD. *Dentro de los tres (3) días siguientes a la presentación de la demanda el Juez de cumplimiento decidirá sobre su admisión o rechazo. Si la solicitud careciere de alguno de los requisitos señalados en el artículo 10 se prevendrá al solicitante para que la corrija en el término de dos (2) días. Si no lo hiciere dentro de este término la demanda será rechazada. En caso de que no aporte la prueba del cumplimiento del requisito de procedibilidad de que trata el inciso segundo del artículo 8o, salvo que se trate de la excepción allí contemplada, el rechazo procederá de plano.*

Si la solicitud fuere verbal, el Juez procederá a corregirla en el acto con la información adicional que le proporcione el solicitante.

El Consejo de Estado en providencia de la Sección Quinta del 22 de julio de 2021 dentro del proceso con radicado 44001-23-40-000-2021-00039-01 explicó:

3.2. De la renuencia

46. El inciso segundo del artículo 8° de la Ley 393 de 1997, en concordancia con el numeral 5° del artículo 10 ibídem, estableció como requisito de procedibilidad de esta acción constitucional, que con la demanda el accionante aporte la prueba de haber pedido a la entidad demandada en forma directa y con anterioridad al ejercicio de la acción, el cumplimiento del deber legal o administrativo presuntamente desatendido por aquélla y, que la autoridad requerida se ratifique en el incumplimiento o guarde silencio frente a la solicitud. De esta manera quedará acreditada la renuencia de la respectiva autoridad administrativa y el actor podrá ejercer la acción de cumplimiento.

(...)

48. Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad es importante tener en cuenta, como lo ha señalado la Sala, que “el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”¹.

49. Sobre este tema, esta Sección² ha dicho que:

“(...) Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa

¹Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. M.P. Susana Buitrago.

es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos (...)³” (Negritas fuera de texto).

50. En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 establece lo siguiente:

“(...) Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud (...)”.

51. Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa de que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y que, de este, pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

52. En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición “[...] tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia [...]”.

53. Como quedó establecido en el numeral 5º del artículo 10º de la Ley 393 de 1997, la constitución de la renuencia de la entidad accionada deberá acreditarse con la demanda, so pena de ser rechazada de plano la solicitud.

En la demanda se consignó que la renuencia de la entidad en cumplir la norma se acreditaba con la posición que asumió al resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución nro. 020279 del 23 de octubre de 2020, que en un primer momento negó la convalidación del título por precedente académico; y con la respuesta que dio a un derecho de petición que presentó el actor solicitando información sobre el trámite que se le estaba imprimiendo a la segunda solicitud de convalidación del título, y por qué se había decidido no aplicar el criterio de precedente académico sino el de criterio académico. Sin embargo, para esta Sala, los mismos no convalidan la exigencia establecida en la normativa, por lo siguiente.

³ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, M.P.: Darío Quiñones Pinilla.

Frente a los recursos interpuestos contra la Resolución 020279 del 23 de octubre de 2020, debe precisarse que los mismos tenían por finalidad que la administración estudiara nuevamente el asunto de conformidad con los argumentos expuestos por el recurrente, y, si era del caso, revocara, modificara o confirmara la decisión; pero bajo ninguna circunstancia podría tenerse esta actuación como constitutiva de renuencia.

Y en relación con el derecho de petición que aduce el accionante presentó el 22 de junio de 2023, se advierte que fue del siguiente tenor:

Tipo de solicitud

DERECHOS DE PETICIÓN DE INFORMACIÓN

Detalle de la solicitud

Objeto de su PQRSDF

Presenté solicitud de convalidación mediante radicado 2022EE295578 el día 6 de diciembre de 2022. Adjunté carta en la que comuniqué bajo qué criterio se procedería para mi solicitud de convalidación y el compendio de Resoluciones que lo fundamentan, para que se hiciera bajo el criterio de "Precedente Administrativo". Sin embargo, en la plataforma se informó que había sido pasada por "Criterio Académico". Con eso se vulnera mi derecho al debido proceso y al cumplimiento de la Normativa vigente. Al pasarla bajo el "criterio académico", el 6 de junio de 2023 se cumplieron 180 días para dar una respuesta mediante el Acto Administrativo.

Deseo saber:

1) ¿Por qué mi solicitud de convalidación se pasó por el "criterio académico" si adjunté carta y resoluciones donde se indicaba que la maestría ya había sido convalidada y que se debía proceder mediante el criterio de "precedente administrativo".

2) Si eligieron el "criterio académico" ¿por qué no se ha dado respuesta?

Muchas gracias

Aunque frente a la petición relativa al requisito de procedibilidad la ley no establece unas formalidades propias, sí se han determinado jurisprudencialmente unos parámetros mínimos que debe contener la solicitud para considerar que el requisito se ha cumplido, como radicarla antes de presentar la demanda; pretender el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso y directo de la disposición que consagra esa obligación; y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento; ya que no cualquier derecho de petición sirve para acreditar esta exigencia, dejando la normativa la salvedad que solo se permite obviar este requisito cuando hacerlo genera un inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable, lo cual deberá estar sustentado en la demanda.

Lo reseñado permite inferir que la demanda no se corrigió de acuerdo con lo indicado por el despacho sustanciador del proceso ya que no se aportó documento que diera cuenta de la constitución en renuencia ante la autoridad accionada; y tampoco se expuso una situación que lleve a considerar que el mismo no era exigible; por lo que la Sala adoptará

la consecuencia jurídica prevista en las normas citadas, y, en tal sentido, rechazará la
demanda por no corrección.

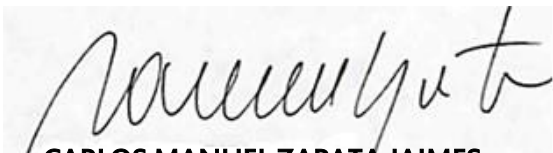
Por lo brevemente expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

RESUELVE:

1. **RECHAZAR** la demanda que en ejercicio del medio de control de cumplimiento de normas
con fuerza material de ley y actos administrativos instauró **CÉSAR AUGUSTO AGUDELO
LÓPEZ** contra **EL MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - COMISIÓN NACIONAL
INTERSECTORIAL PARA EL ASEGURAMIENTO DE LA CALIDAD DE LA EDUCACIÓN**, de
acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.
2. En firme este auto archívense las diligencias, previas las anotaciones respectivas. No se
ordena devolución de anexos ya que la demanda se presentó por medios digitales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

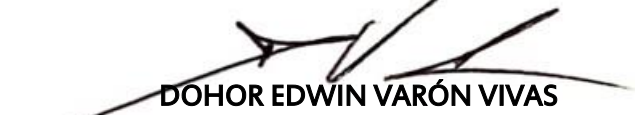
Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión, celebrada el 03 de agosto de 2023,
conforme acta nro. 044 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 135 del 08 de agosto de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 114

Asunto: Sentencia de segunda instancia
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 17001-33-33-003-2017-00253-02
Demandante: Luisa Fernanda Vásquez Fernández
Demandada: ESE Hospital San José de Samaná

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 039 del 04 de agosto de 2023

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández contra la ESE Hospital San José de Samaná.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 24 de mayo de 2017², se solicitó lo siguiente³:

1. Que se declare la nulidad del oficio expedido el 26 de noviembre de 2016

¹ En adelante, CPACA.

² Página 3 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 5 a 7 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

por el gerente del Hospital San José de Samaná, con el cual negó el reconocimiento de una relación laboral entre las partes.

2. Que se declare que entre la parte demandante y el Hospital San José de Samaná existió una relación laboral desde el 1º de agosto de 2015 hasta el 31 de julio de 2016, con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios sucesivos y sin solución de continuidad.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Hospital San José de Samaná a reconocer y pagar todos los factores salariales y prestacionales, tales como cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones por prestación de servicios, viáticos, horas extras, recargos nocturnos, recargos por trabajo dominical y festivo, entre los demás previstos en la ley, decretos y estatutos de la entidad demandada, correspondientes al período comprendido entre el 1º de agosto de 2015 y el 31 de julio de 2016, los cuales deben liquidarse conforme a los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios
4. Que se declare que la parte actora tiene derecho a que el Hospital San José de Samaná le reconozca y pague con destino al Sistema Integral de Seguridad Social, las cotizaciones a salud, pensión y riesgos laborales, a título de indemnización, correspondientes al período comprendido entre el 1º de agosto de 2015 y el 31 de julio de 2016, los cuales deben liquidarse conforme a los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.
5. Que las sumas que se reconozcan a favor de la demandante sean debidamente indexadas.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁴, que en resumen indica la Sala:

1. La señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández prestó sus servicios a la ESE Hospital San José de Samaná, en calidad de médico en Servicio Social Obligatorio, durante el período comprendido entre el 1º de agosto de

⁴ Páginas 7 a 11 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

2015 y el 31 de julio de 2016, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios sucesivos y sin solución de continuidad:

CONTRATO N°	VALOR	EXTREMOS TEMPORALES	
		INICIO	FINAL
215-2015	\$20'000.000	1º de agosto de 2015	31 de diciembre de 2015
049-2016	\$28'000.000	4 de enero de 2016	31 de julio de 2016

- Dentro de los términos pactados en los contratos de prestación de servicios, la demandante debía prestar sus servicios profesionales como médico en Servicio Social Obligatorio, en las distintas sedes del Hospital San José de Samaná, en consulta externa, hospitalización y urgencias, dando aplicación a todos los protocolos establecidos por la ESE, y cumpliendo los horarios o turnos fijados, asignados y controlados de manera unilateral por la entidad accionada.
- Durante el tiempo que la parte accionante estuvo vinculada al Hospital San José de Samaná, nunca prestó directa o indirectamente sus servicios a otras personas (naturales o jurídicas), no trabajó por cuenta propia en el mismo oficio, ya que carecía de autonomía e independencia en la ejecución del objeto contractual y no contaba con más tiempo del que era necesario para ejecutar las labores encomendadas.
- Las funciones realizadas por la parte demandante eran similares e incluso superiores a las que ejerce y/o ejercía un médico general bajo vinculación legal y reglamentaria en el Hospital San José de Samaná.
- La entidad accionada controló las actividades realizadas por la parte accionante, así como su comportamiento y desempeño, tal como se extrae de las actas de interventoría y supervisión de los contratos, así como de los informes mensuales presentados.
- La entidad demandada nunca afilió a la accionante al Sistema de Seguridad Social Integral, y tampoco le pagó las prestaciones sociales a que tendría derecho.
- La demandante solicitó a la ESE Hospital San José de Samaná el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de acreencias laborales, con motivos de la ejecución de los contratos de prestación de servicios sucesivos y sin solución de continuidad, celebrados por las partes entre el 1º de agosto de 2015 y el 31 de julio de 2016.

8. Mediante el acto administrativo atacado, la entidad demandada contestó la petición negando lo solicitado.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: preámbulo y artículos 1, 2, 25, 53, 55, 93, 94, 121 a 123, 125 y 209; Ley 80 de 1993: artículo 32; y Ley 1164 de 2007: artículo 33.

Inicialmente citó apartes de la Ley 1164 de 2007, para precisar el régimen legal del Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, indicando que éstos deben ser vinculados mediante nombramiento o contrato de trabajo, pudiendo hacerse también a través de contrato de prestación de servicios, pero garantizando la afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la prevista para los profesionales que desempeñan funciones similares.

Adujo que la accionante no debió ser vinculada como contratista al Hospital San José de Samaná, sino a través de una relación legal y reglamentaria, ya que para el caso concreto se cumplen los criterios expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que delimitó el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios.

En efecto, manifestó que las funciones de médico contratadas estaban referidas a las que debía adelantar la entidad (criterio funcional); que dichas funciones eran las mismas e incluso superiores a las que cumplía un médico general de planta (criterio de la igualdad); que debía cumplirse un horario y turnos fijados unilateralmente por la entidad, lo que restringía la autonomía para ejecutar las labores contratadas (criterio de habitualidad); que las funciones eran propias de la entidad, esto es, la prestación del servicio público de salud (criterio de excepcionalidad); y que la vinculación se realizó de manera sucesiva (criterio de continuidad).

Consideró que al no haberse vinculado a la parta actora a través de una relación legal y reglamentaria, la ESE Hospital San José de Samaná transgredió los principios generales más elementales del derecho al trabajo, contemplados en los artículos 25 y 53 de la Constitución Política.

Manifestó que la autonomía e independencia de la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios se vio limitada por el poder subordinante de la ESE, quedando

⁵ Páginas 11 a 25 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

cercenado el amplio margen de discrecionalidad que define a las personas naturales contratistas del Estado.

Sostuvo que bajo la figura de los contratos de prestación de servicios, el Hospital San José de Samaná descoció el alcance del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

Hizo referencia al alcance que el Consejo de Estado le ha dado al contrato realidad, tratándose de prestación de servicios de salud.

Consideró que de conformidad con las pruebas aportadas al proceso, valoradas bajo las reglas de la sana crítica, en particular las actividades relacionadas en el objeto de los contratos, se colige que la relación contractual de la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández estuvo mediada por una subrepticia relación laboral como contrato realidad y, por tanto, en protección del principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, debe reconocerse el derecho a recibir las mismas prestaciones sociales que percibían los empleados públicos de planta de la ESE accionada durante el lapso en el que prestó sus servicios, tomando como referencia para su reconocimiento el monto pactado como honorarios en cada contrato.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representado y dentro del término legal conferido, el Hospital San José de Samaná contestó la demanda⁶, para oponerse a las súplicas de la misma, con fundamento en que no se configuran los elementos esenciales de un contrato de trabajo y, por lo contrario, existe prueba que se trató de un real y verdadero contrato de prestación de servicios.

Propuso los medios exceptivos que denominó: *“Inexistencia contrato realidad”*, en el entendimiento que los contratos de prestación de servicios suscritos fueron ejecutados de manera independiente y autónoma, en tanto la parte actora establecía los turnos y actividades de manera bilateral con el hospital contratante; y *“(…) genérica”*, en el evento que resulten probados hechos que constituyan una excepción a las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA

El 9 de julio de 2020, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, con la cual accedió a

⁶ Páginas 365 a 371 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁷ Archivo nº 14 del cuaderno 1 del expediente digital.

las pretensiones de la demanda, en la medida en que: **i)** declaró la nulidad del acto atacado; **ii)** declaró la existencia del contrato realidad entre las partes del 1º de agosto de 2015 al 31 de diciembre de 2015, y del 4 de enero de 2016 al 31 de julio de 2016; **iii)** condenó al Hospital San José de Samaná a reconocer y pagar a favor de la parte actora las mismas prestaciones sociales que devengaban quienes desempeñaban empleos de características similares, tomando como base los respectivos honorarios pactados; **iv)** condenó a la entidad accionada a que girara a favor de la entidad de previsión a la que estaba afiliada la demandante, la suma faltante por concepto de aportes en pensión únicamente en el porcentaje que como empleador debía efectuar y por el período laborado; y **v)** condenó en costas a la ESE accionada.

Lo anterior, con fundamento en las consideraciones que se indican a continuación.

Inicialmente diferenció el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, advirtiendo que el primero es eminentemente temporal (mientras se cumple el objeto o se supera la situación transitoria o coyuntural), que el contratista dispone de plena autonomía e independencia, sin perjuicio de las labores de coordinación que se requieran para cumplir el fin contractual, y que no se devenga salario ni prestaciones sociales sino honorarios.

Luego se refirió al desarrollo jurisprudencial del contrato realidad, indicando que para la configuración de éste deben acreditarse los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y, en particular, la subordinación o dependencia en el desarrollo de una función pública.

De conformidad con lo anterior y atendiendo el material probatorio obrante en el expediente, el Juez *a quo* sostuvo que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral, como quiera que: los contratos suscritos por las partes fueron ejecutados de manera personal; las funciones desempeñadas no fueron de carácter transitorio o esporádico, sino que se fueron prolongadas en el tiempo; y hubo cumplimiento de horarios y asignación de funciones por parte de quien supervisaba el contrato.

Precisó que conforme a sentencia de unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de 2016, una vez finalizada la relación contractual, el interesado debe reclamar a la administración en un término no mayor a tres años, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral.

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que para el caso concreto no se configuró la prescripción, ya que la demanda se presentó dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo contractual.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la entidad demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia⁸, de la manera que se indica a continuación.

Afirmó que de ninguna de las pruebas obrantes en el expediente se deriva la subordinación o dependencia, sino la coordinación del objeto contractual, como es autorizado por la ley.

Insistió en que los servicios profesionales fueron prestados de forma autónoma e independiente, máxime si se tiene en cuenta que la profesión de médico es liberal y se caracteriza por la libertad e independencia que goza quien la ejerce, sin perjuicio del cumplimiento de los estándares del Ministerio de Salud, de los cuales no podía exonerarse bajo ningún motivo.

Sostuvo que, de acuerdo con la teoría de los actos propios, no es aceptable la actitud de la demandante, pues pese a que elaboró y suscribió los respectivos informes de ejecución, desconozca su contenida en sede judicial, alegando una supuesta subordinación que no se estructura.

Por lo anterior solicitó revocar la sentencia apelada y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante⁹

Intervino para ratificarse en los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda, y para manifestar su conformidad con la providencia dictada en primera instancia.

Parte demandada¹⁰

Reiteró los planteamientos hechos en el recurso de apelación.

⁸ Archivo n° 17 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Archivo n° 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁰ Archivo n° 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 3 de febrero de 2021¹¹, y allegado el 16 de marzo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹².

Admisión y alegatos. Por auto del 16 de marzo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹³. Dentro del término otorgado, ambas partes alegaron de conclusión¹⁴. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 10 de mayo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁵, la que se dicta en seguida atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte accionada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue formulado.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una auténtica relación laboral –prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración– entre la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández y el Hospital San José de Samaná?

¹¹ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivos nº 05 y 07 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 08 del cuaderno 2 del expediente digital.

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios; **ii)** desnaturalización del contrato de prestación de servicios: contrato realidad o relación laboral encubierta; **iii)** elementos constitutivos de una relación laboral y acreditación en el caso concreto; y **iv)** existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto.

1. Vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última forma de vinculación, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta de éstas o requieran conocimientos especializados para ello. La disposición que consagró dicha figura es clara en establecer que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y que deben celebrarse por el término estrictamente indispensable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶ ha precisado que dentro de las características principales del contrato de prestación de servicios, se encuentra “(...) *la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este (sic) debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual*¹⁷, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁸”.

2. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios: relación laboral encubierta

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

¹⁷ Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁸ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

El contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, en la cual señaló sus características y diferencias con el contrato de trabajo, y con ello explicó que dicha figura se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente, pues en esa medida se desnaturaliza el contrato estatal y hace procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo (artículo 53 Superior)¹⁹.

¹⁹ “El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016²⁰, el Consejo de Estado señaló que la figura conocida como contrato realidad o, mejor, relación laboral encubierta, se aplica cuando *“(...) se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones*

potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudir como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

(...)

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual “agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.” (Sentencia C-555/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

laborales²¹”.

3. Elementos constitutivos de una relación laboral. Acreditación en el caso concreto

Como se indicó anteriormente, el contrato de prestación de servicios se desfigura y da paso al llamado contrato realidad o relación laboral encubierta cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada de manera continuada; y **iii)** remunerada.

En el evento de demostrarse lo anterior, surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales del caso.

Siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará si en el presente asunto se configura el contrato realidad o la relación laboral encubierta reclamada, para lo cual abordará cada uno de los elementos constitutivos de la misma, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.

3.1 La prestación personal del servicio

En reciente sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021²², el Consejo de Estado precisó lo siguiente en relación con la prestación personal del servicio: *“Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²³ pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.²⁴”*.

De la documentación obrante en el expediente, se observa que durante el

²¹ Cita de cita: En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

²³ Cita de cita: Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

²⁴ Cita de cita: Al respeto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

período comprendido entre el 1º de agosto de 2015 y el 31 de julio de 2016, la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández estuvo vinculada al Hospital San José de Samaná de manera continua e ininterrumpida, a través de contratos de prestación de servicios, de la manera que se describe a continuación:

Nº	CONTRATO nº	EXTREMOS TEMPORALES		VALOR
		Inicio	Final	
1	215-2015 del 1º de agosto de 2015 ²⁵	1º de agosto de 2015	31 de diciembre de 2015	\$20'000.000
2	049/2016 del 4 de enero de 2016 ²⁶	4 de enero de 2016	31 de julio de 2016	\$28'000.000

El objeto principal de tales contratos fue el de prestar servicios profesionales al Hospital San José de Samaná o a sus corregimientos, como médico en Servicio Social Obligatorio.

Como obligaciones especiales que la demandante debía cumplir en desarrollo de los contratos suscritos, se pactaron las siguientes:

1) Como médico SSO deberá valorar el estado de salud de la población del área de influencia a través del diagnostico (sic) de la situación de salud. 2) Ejecutar tratamientos de medicina general de mayor responsabilidad a personas, familia y grupos de la comunidad. 3) participar en la revista de visitas de garantía de calidad en la atención en salud y responder por los tratamientos de los pacientes cuando se requiera. 4) Ejercer control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de medicina general a los usuarios. 5) Revisar historias clínicas e instrucciones médicas de todos los casos de del (sic) área de medicina general a su cargo. 6) Presentar oportunamente el servicio en las situaciones de emergencia y riesgos que se presenten en el área. 7) Controlar el estado y funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos de servicios bajo su cargo. 8) Promover la participación de la comunidad en actividades de salud e impulsar la conformación de comités de salud y formación de líderes. 9) Participar en investigaciones de tipo aplicado tendientes a esclarecer las causas y soluciones a los problemas de salud de la comunidad. 10) Participar como instructor en la capacitación, adiestramiento e instrucción al personal relacionado con el área. 11) Participar en la actualización del manual de normas y procedimientos del área, efectuando los turnos en área de urgencias y hospitalización que corresponda. 12) Deberá informar los comités en los que intervino durante el mes, en caso de no participar sustentar cual (sic) fue la razón de no hacerlo. 13) de acuerdo a su perfil profesional deberá realizar actividades de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. 14) En el

²⁵ Páginas 47 a 57 y 101 a 104 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Páginas 105 a 115 y 165 a 171 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

caso de asignación de bienes o elementos que sean propiedad del el (sic) HOSPITAL necesarios para la realización del contrato, el CONTRATISTA deberá devolverlos en el mismo estado en que le fueron entregados al momento de finalizar el contrato. 15) Las demás que le sean asignadas y que correspondan a la naturaleza del contrato.

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuitu personae*, así como con las certificaciones de satisfacción expedidas por el supervisor de los contratos que constan en las actas de interventoría²⁷, y atendiendo el testimonio recaudado en el trámite de este proceso²⁸, se encuentra acreditado que la demandante prestó de manera personal y directa sus servicios como médico en Servicio Social Obligatorio para el Hospital San José de Samaná en los períodos indicados anteriormente, sin que tuviera la facultad para delegar en terceros el cumplimiento de las actividades referidas.

3.2 Continuada subordinación o dependencia

En sentencia del 4 de febrero de 2016²⁹, el Consejo de Estado precisó que la subordinación o dependencia es la situación entendida como “(...) *aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo*”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021³⁰, el Consejo de Estado señaló una serie de situaciones indicativas de la existencia de subordinación o dependencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, tales como: lugar de trabajo, horario de labores, dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, y actividades o tareas a desarrollar que correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

Antes de entrar a analizar si en el caso concreto se demostró la existencia de subordinación o dependencia, el Tribunal considera necesario referirse a la naturaleza del Servicio Social Obligatorio y a su régimen salarial y

²⁷ Páginas 173, 187, 201, 215, 229, 243, 255, 269, 283, 297, 311 y 325 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁸ Ver declaración de la señora Lina Marcela Hurtado López (minuto 3:04 a 17:27 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

³⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

prestacional.

El Servicio Social Obligatorio fue creado mediante la Ley 50 de 1981, la cual indicó que aquel debía ser prestado dentro del territorio nacional, hasta por un año, por todas aquellas personas con formación tecnológica o universitaria, de acuerdo con los niveles establecidos en el artículo 25 del Decreto Ley 80 de 1980 (artículo 1º).

El artículo 2 de la Ley 50 de 1981 estableció que el Servicio Social Obligatorio se prestaría con posterioridad a la obtención del respectivo título y sería requisito indispensable y previo para obtener la refrendación de dicho título, para vincularse a cualquier organismo del Estado y para ejercer la profesión dentro del territorio nacional.

De conformidad con el artículo 5 de la norma mencionada, el Gobierno Nacional determinaría en forma gradual, a propuesta del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio y de acuerdo con las prioridades, las profesiones u oficios que debían cumplirlo, su duración y la clase de establecimientos en los cuales habría de prestarse.

Por su parte, el artículo 6 de la Ley 50 de 1981 consagró que: *“Las tasas remunerativas y el régimen prestacional al cual serán sometidos quienes presten el Servicio Social Obligatorio serán los propios de la institución a la cual se vincule el personal para cumplimiento de dicho servicio y se aplicarán bajo la supervisión y control del Consejo Nacional Coordinador del Servicio Social Obligatorio”*.

Mediante el Decreto 2396 de 1981, se dictaron disposiciones relacionadas con el Servicio Social Obligatorio del área de la salud, previendo en su artículo 1º que los egresados de los programas de medicina, odontología, microbiología, bacteriología, laboratorio clínico y enfermería con formación tecnológica o universitaria, que hubieran obtenido el respectivo título, y quienes habiéndolo obtenido en el exterior lo hubieran convalidado, debían cumplir el Servicio Social Obligatorio.

De conformidad con los artículos 2 y 3 del Decreto 2396 de 1981, el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas enunciados sería de dedicación de tiempo completo, con una duración de un año, y prestado en entidades oficiales y de salud de carácter privado sin ánimo de lucro de zonas rurales o urbanas marginadas de los centros urbanos o, en su defecto, en programas de salud que atendieran emergencias, calamidades públicas o programas docentes de tipo científico investigativo.

Los artículos 6 y 7 del Decreto 2396 de 1981 reiteraron que los profesionales

que debían cumplir con el Servicio Social Obligatorio quedarían sujetos a las disposiciones que en materia de personal rigieran en las entidades a las cuales se vincularan.

A través del Decreto 3289 de 1982, se disminuyó a seis meses el Servicio Social Obligatorio que se realizara en zonas que estuvieran sometidas a enfrentamiento armado o a acciones subversivas.

El Decreto 3448 de 1983 estableció un estatuto para las zonas fronterizas del país y brindó como estímulo a los profesionales que se vincularan en dichos lugares, la disminución del Servicio Social Obligatorio a nueve meses.

Con el Decreto 1335 de 1990, el Presidente de la República expidió de manera parcial el manual general de funciones y requisitos del subsector oficial del sector salud, estableciendo tanto la naturaleza de las funciones, como los requisitos para los cargos de médico del Servicio Social Obligatorio y médico general, siendo evidente la similitud existente para ambos empleos, al contemplar, por funciones, la ejecución de labores profesionales de medicina general y, por requisito, la acreditación del título de formación universitaria en medicina:

MEDICO (sic) DE SERVICIO SOCIAL OBLIGATORIO - 321505

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores profesionales de medicina general, programas de prevención, protección y de rehabilitación del paciente, medio ambiente y de colaboración en aspectos de medicina legal.

2 FUNCIONES

-Participar en el diagnóstico y pronóstico del estado de salud de la población asignada.

-Prestar atención médica general haciendo el diagnóstico y determinando la terapia de los pacientes.

-Participar en la programación, supervisión, evaluación y control de las actividades de salud que se realicen en el área asignada.

-Realizar control médico periódico a pacientes laboralmente expuestos a las situaciones de contaminación ambiental que impliquen riesgo para su salud.

-Participar en las brigadas de salud de área de influencia.

-Realizar vigilancia epidemiológica en todas aquellas situaciones que sean factor de riesgo para la población que le ha sido asignada.

-Evaluar las actividades e impacto de la prestación de los servicios de salud.

-Promover en su área de trabajo la participación de la comunidad en actividades de salud e impulsar la conformación de los comités de salud y formación de líderes comunitarios en salud.

-Establecer y mantener las relaciones de coordinación necesarias para lograr una eficaz prestación de los servicios de salud.

-Reportar oportunamente las anormalidades en la prestación del servicio y proponer las alternativas de solución.

-Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

3. REQUISITOS

3.1 Estudios. Título de formación universitaria en medicina.

MEDICO (sic) GENERAL - 321510

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores profesionales en actividades de promoción, protección y de rehabilitación del paciente y medio ambiente.

2. FUNCIONES

-Practicar exámenes de medicina general, formular diagnósticos y prescribir el tratamiento que debe seguirse, aplicando los derechos del enfermo.

-Prescribir y/o realizar procedimientos especiales para ayuda en el diagnóstico y/o en el manejo de pacientes, según el caso.

-Realizar intervenciones de cirugía general a pacientes hospitalizados o ambulatorios o colaborar en ellos de acuerdo al nivel en el cual esté ubicado y controlar a los pacientes que estén bajo su cuidado.

-Realizar control médico periódico a pacientes laboralmente expuestos a situaciones de contaminación ambiental que impliquen riesgo para su salud.

-Llevar controles estadísticos con fines científicos y administrativos y reportar las enfermedades de notificación obligatoria.

-Realizar interconsulta y remitir pacientes a médicos especialistas cuando se requiera y de acuerdo a las normas del sistema de remisión de pacientes.

-Participar en la elaboración y desarrollo de programas de promoción y prevención de salud a la comunidad.

-Realizar vigilancia epidemiológica en todas aquellas situaciones que sean factor de riesgo para la población.

-Orientar la prestación de los primeros auxilios y la remisión de pacientes solicitados por radioteléfono.

-Colaborar en la elaboración e implantación del plan de emergencia para ser aplicado en los organismos de salud del área de influencia.

-Participar en el diagnóstico y pronóstico del estado de salud de la población del área de influencia.

-Participar en la evaluación de las actividades e impacto de la prestación de los servicios de salud.

-Promover en su área de trabajo, la participación de la comunidad en actividades de salud e impulsar la conformación de los comités de salud y formación de líderes comunitarios en salud.

-Participar en investigaciones de tipo aplicado tendientes a esclarecer las causas y soluciones a los problemas de salud de la comunidad.

-Establecer y mantener las relaciones de coordinación necesarias para lograr una eficaz prestación de los servicios de salud.

-Velar por la consecución oportuna de los recursos necesarios y por la racional utilización de los disponibles y demás bienes a su cargo.

-Ejercer las demás funciones asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

3. REQUISITOS

3.1 Estudios. Título de formación universitaria en medicina.

Mediante el Decreto 2865 de 1994 se responsabilizó a las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud de la selección, aprobación y renovación de las plazas para el cumplimiento del Servicio Social Obligatorio, “(...) con sujeción a los criterios que fije el Ministerio de Salud, así como a las normas técnicas que expida para la prestación de dicho servicio, (...)” (artículo 1º); y también

se orientó a tales entidades a racionalizar “(...) la distribución de las plazas de Servicio Social Obligatorio, en el territorio de su jurisdicción, de acuerdo a la proporción de la población con necesidades básicas insatisfechas, dando prioridad a los centros y puestos de salud del área rural” (artículo 2). Adicionalmente, dicha norma contempló que “(...) la entidad solicitante debe contar con la correspondiente disponibilidad presupuestal, y cumplir con las demás disposiciones que en materia de vinculación de personal rijan en las entidades a las cuales se vinculen” (artículo 3).

Con la Resolución 795 de 1995, el Ministerio de Salud estableció los criterios técnicos administrativos para la prestación del Servicio Social Obligatorio, contemplando los siguientes:

(...)

2. Las plazas se orientarán preferencialmente a la ampliación de cobertura en atención en salud a las poblaciones de estratos socioeconómicos 1 y 2.

3. Para efectos de la prestación del Servicio Social Obligatorio se tendrán en cuenta las necesidades requeridas en sus respectivas jurisdicciones.

(...)

5. Las funciones y actividades que ejecutará el Profesional estarán de acuerdo con los programas a desarrollar.

6. El profesional debe contar con la infraestructura necesaria para el desarrollo de sus funciones.

7. La vinculación de los Profesionales deberá contar con la disponibilidad presupuestal respectiva y en ningún caso su remuneración será inferior a los cargos de planta de las instituciones en la cuales presten sus servicios.

8. El profesional que presta el Servicio Social Obligatorio gozará de las mismas garantías del personal de planta, en cuanto a honorarios, compensatorios, etc.

La citada resolución dispuso que era deber del profesional del Servicio Social Obligatorio permanecer disponible en la localidad sede de la plaza para cualquier emergencia en salud que se presentara, sin que se le pudieran desconocer los derechos laborales y legales que le asistían.

El artículo 10 de la resolución referida estableció que “Las Direcciones de Salud, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas deberán hacer la equivalencia salarial de los cargos del Servicio Social Obligatorio a los de planta de personal de la respectiva entidad, para las mismas profesiones”.

Por su parte, el artículo 12 de la misma norma en comentario previó que: *“Los profesionales que cumplan con el Servicio Social Obligatorio estarán sujetos a las disposiciones vigentes que en materia de administración de personal, salarios y prestaciones sociales rijan en las entidades donde presten dicho servicio”*.

A través del Decreto 1921 de 1994 se estableció la estructura de cargos de las entidades del subsector oficial del sector salud territorial, de la cual se destaca la siguiente:

Artículo 3º. De los niveles y denominaciones de cargos. Establécense para los diferentes empleos contemplados en las plantas de cargos de los diferentes organismos y entidades del subsector oficial del sector salud de las entidades territoriales, los siguientes niveles y denominaciones de cargos:

(...)

d) Profesional. El nivel profesional agrupa aquellos empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda la aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional reconocida por la ley, y comprende los siguientes cargos:

(...)

3215 *Médico General*

Dentro de la clasificación de los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, realizada a través del Decreto 1569 de 1998, se encuentran los del Servicio Social Obligatorio en el nivel profesional:

Artículo 15. *De la clasificación de los empleos de las entidades públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud. De acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:*

Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar

(...)

d) Nivel Profesional. Agrupa aquellos empleos a los que corresponden funciones cuya naturaleza demanda aplicación de los conocimientos propios de cualquier disciplina académica del área de la salud;

(...)

Artículo 21. *De la nomenclatura y clasificación de empleos del nivel Profesional.*
El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:

Código	Denominación del empleo
(...)	(...)
305	Médico Servicio Social Obligatorio

Con la expedición del Decreto 785 de 2005, se incluyó nuevamente en la nomenclatura y clasificación de empleos de las entidades territoriales, al Profesional Servicio Social Obligatorio.

El Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981 fue sustituido por la Ley 1164 de 2007, con la cual se dictaron disposiciones en materia del talento humano en salud, quedando regulado así:

ARTÍCULO 33. DEL SERVICIO SOCIAL. *Créase el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, el cual debe ser prestado en poblaciones deprimidas urbanas o rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, en entidades relacionadas con la prestación de servicios, la dirección, la administración y la investigación en las áreas de la salud. El Estado velará y promoverá que las instituciones prestadoras de servicios (IPS), Instituciones de Protección Social, Direcciones Territoriales de Salud, ofrezcan un número de plazas suficientes, acorde con las necesidades de la población en su respectiva jurisdicción y con el número de egresados de los programas de educación superior de áreas de la salud.*

El servicio social debe prestarse, por un término no inferior a seis (6) meses, ni superior a un (1) año.

El cumplimiento del Servicio Social se hará extensivo para los nacionales y extranjeros graduados en el exterior, sin perjuicio de lo establecido en los convenios y tratados internacionales.

PARÁGRAFO 1o. *El diseño, dirección, coordinación, organización y evaluación del Servicio Social creado mediante la presente ley, corresponde al Ministerio de la Protección Social. Igualmente, definirá el tipo de metodología que le permita identificar las zonas de difícil acceso y las poblaciones deprimidas, las entidades para la prestación del servicio social, las profesiones objeto del mismo y los eventos de exoneración y convalidación.*

PARÁGRAFO 2o. *El Servicio Social creado mediante la presente ley, se prestará por única vez en una profesión de la salud, con posterioridad a la obtención del título como requisito obligatorio y previo para la inscripción en el Registro Unico (sic) Nacional.*

PARÁGRAFO 3o. *La vinculación de los profesionales que presten el servicio debe garantizar la remuneración de acuerdo al nivel académico de los profesionales y a los estándares fijados en cada institución o por la entidad territorial y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a Riesgos Profesionales. En ningún caso podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales.*

PARÁGRAFO 4o. *El personal de salud que preste el Servicio Social en lugares de difícil acceso, tendrá prioridad en los cupos educativos de programas de especialización brindados por las universidades públicas, siempre y cuando cumplan con los demás requisitos académicos exigidos, igualmente gozarán de descuentos en las matrículas de conformidad con los porcentajes establecidos por las entidades educativas. El Gobierno Nacional reglamentará los incentivos para las entidades públicas o privadas de los lugares de difícil acceso que creen cupos para la prestación del servicio social.*

PARÁGRAFO 5o. *El Servicio Social creado en la presente ley sustituye para todos los efectos del personal de la salud, al Servicio Social Obligatorio creado mediante la Ley 50 de 1981. No obstante, mientras se reglamenta la presente ley continuarán vigentes las normas que rigen el Servicio Social Obligatorio para los profesionales de la salud.*

En virtud de lo anterior, el Ministerio de Salud expidió la Resolución 1058 de 2010, con la cual reglamentó el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud, de cuya reglamentación se destaca:

ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS. *El Servicio Social Obligatorio en Salud estará orientado a:*

- a) Mejorar el acceso y calidad de los servicios de salud, especialmente en poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud.*
- b) Estimular una adecuada distribución geográfica del talento humano en salud.*
- c) Propiciar espacios para el desarrollo personal y profesional del talento humano que inicia su vida laboral en el sector salud.*

ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES. *Para efectos de la aplicación de la presente resolución, se adoptan las siguientes definiciones:*

Servicio Social Obligatorio: *Es el desempeño de una profesión con carácter social, mediante el cual los egresados de los programas de educación superior del área de la salud contribuyen a la solución de los problemas de salud desde el*

campo de su competencia profesional, como uno de los requisitos para obtener la autorización del ejercicio, en los términos que definan las normas vigentes.

(...)

ARTÍCULO 10. DURACIÓN. *El Servicio Social Obligatorio se cumplirá por un término de un (1) año, salvo en las plazas señaladas en el literal c) del artículo 5o de la presente Resolución y las plazas aprobadas en el marco de los convenios establecidos en el artículo 7o de la presente resolución, cuya duración será de seis (6) y nueve (9) meses, respectivamente.*

Finalmente, con Resolución 2358 de 2014, se estableció el procedimiento para la asignación de las plazas del Servicio Social Obligatorio.

En relación con el Servicio Social Obligatorio, el Consejo de Estado³¹ ha sostenido que: “(...) es una fuente de personal calificado e idóneo para incrementar la cobertura de la prestación del servicio de salud, no una forma especial o flexible de vinculación a la administración pública. En este sentido, tal como lo establecen claramente las normas transcritas, quienes desempeñen un cargo bajo esta denominación cuentan con los mismos derechos salariales y prestaciones del personal de planta de la entidad³². En consecuencia, no pueden estar vinculados bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios ni siquiera cuando se trate de Empresas Sociales del Estado, dado que la normatividad que regula la materia no consagra para el efecto ningún tipo de excepción”. Y también ha manifestado³³ que: “Para la Sala, la vinculación de profesionales del SSO mediante contratos de prestación de servicios, para evadir la carga prestacional, desnaturaliza la institución estudiada”.

Con fundamento en el anterior recuento normativo y de conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, esta Sala de Decisión considera que en el presente asunto el elemento de la subordinación o dependencia también se encuentra demostrado, según pasa a indicarse.

a) Funciones del contrato relacionadas con el objeto social de la ESE y similares a las de empleados de planta. Permanencia de dichas funciones

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 25 de marzo de 2010. Radicación número: 17001-23-31-000-2005-01062-01(1131-09).

Dicha providencia fue reiterada en sentencia del 21 de noviembre de 2013 (Radicación número: 13001-23-31-000-2001-01880-01(0690-11)), con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

³² Cita de cita: Consejo de Estado. Secc. 2ª. Sent. del 16 de abril de 2009. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila. No. Interno: 0694-07

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 2 de octubre de 2008. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01326-01(1289-07).

Conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, uno de los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios es su temporalidad, pues la norma citada dispone que aquellos se celebran por el término estrictamente indispensable.

La circunstancia de celebrar contratos de prestación de servicios para realizar labores de carácter permanente, contraría la naturaleza propia de aquellos, así como la razón para la cual fueron concebidos en la Ley 80 de 1993, y permitiría inferir que esta modalidad de contratación fue utilizada para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores.

Lo anterior, por cuanto, como lo prevé la parte final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968³⁴, “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Esta prohibición fue replicada por el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973³⁵ y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008³⁶ que modificó y adicionó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968.

El inciso final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que precisó que la permanencia en un contrato de prestación de servicios es un elemento más que indica la existencia de una relación laboral³⁷, y adicionalmente expuso los criterios que permiten diferenciar una relación laboral de una por prestación de servicios:

³⁴ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

³⁵ “Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.

³⁶ “ARTICULO 1. Modifícase y adicionase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2. quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

³⁷ “La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, **si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública**, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, **será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral**; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: **si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral**; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero **si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual**; v) Criterio de la continuidad: **si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral**. (Negrilla fuera de texto).

Esta Sala de Decisión considera que si bien las actividades desarrolladas por la demandante tenían una duración específica en el marco del Servicio Social Obligatorio, lo cierto es que aquellas, sin duda, guardan relación directa o aluden a una función inherente, permanente y obligatoria de la entidad demandada, y se realizaron de manera continua por el lapso exigido en la ley, siendo primordiales para el

funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

funcionamiento de la institución.

b) Sede del objeto contractual

Tal como quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios suscrito, se encuentra acreditado que la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández debía cumplir sus labores como médico en Servicio Social Obligatorio en la sede de la entidad demandada o en los centros de salud y demás lugares que ésta dispusiera.

c) Obligatoriedad de portar elementos distintivos acordes con la imagen corporativa de la entidad

Teniendo en cuenta las funciones a desarrollar por la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández, esto es, las de médico en Servicio Social Obligatorio, este Tribunal considera que su presentación personal debía guardar consonancia con la imagen corporativa del Hospital San José de Samaná y con los distintivos propios de su cargo.

d) Uso de elementos institucionales

Entiende esta Corporación que si la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández debía prestar sus servicios como médico en Servicio Social Obligatorio en las sedes dispuestas por el Hospital San José de Samaná para ello, es apenas lógico que hiciera uso de los medios establecidos por la entidad para la atención médica, esto es, de todos los equipos, instrumental e insumos proporcionados por la ESE. Y así quedó consignado en cada contrato de prestación de servicios, pues una de las funciones asignadas era la de controlar el estado y funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos de servicios bajo su cargo; y, además, tal circunstancia fue ratificada en la declaración rendida en el proceso³⁸.

e) Fijación y cumplimiento de horario

Tal como quedó consignado en los contratos allegados, la demandante debía atender consulta externa y cumplir turnos en área de urgencias y hospitalización, lo que implica que se encontraba sometida a un horario, de acuerdo con la agenda que previamente la entidad fijara atendiendo la demanda de pacientes.

³⁸ Ver declaración de la señora Lina Marcela Hurtado López (minuto 3:04 a 17:27 del archivo nº 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

Sobre este tema, la testigo que rindió declaración en este proceso³⁹, aseguró que existía un horario de trabajo, que para el caso de la demandante era más desgastante, porque tenía que estar atenta todo el tiempo a los llamados del centro de salud en el que laboraba, e incluso cuando salía en remisión con determinado paciente, regresaba a los días a su hogar.

Informó la testigo que la coordinadora del centro de salud era quien programaba los turnos, lo cual le era comunicado a la accionante de manera verbal.

Indicó además la declarante que en el caso de requerir ausentarse de sus sitios de trabajo, tanto ella como la accionante debían solicitar el correspondiente permiso a la la coordinadora del centro de salud.

De lo expuesto considera esta Sala que la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández sí debía cumplir sus labores como médico general en Servicio Social Obligatorio dentro de un horario determinado, impuesto de manera unilateral por la contratante y sujeto a las necesidades propias de la institución. De hecho, recuérdese que en el recuento normativo se indicó que uno de los deberes del profesional en Servicio Social Obligatorio era el de permanecer disponible para cualquier emergencia en salud. En ese sentido, la actora no contaba con la autonomía propia para manejar su tiempo como profesional.

f) Sujeción a reglamentos, órdenes e instrucciones

Sin perjuicio de que en los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada se pactara que las actividades serían ejecutadas con plena autonomía técnica y administrativa, sin relación de subordinación o dependencia, esta Corporación considera que está demostrado en el proceso que las labores desarrolladas por la demandante en ejecución de dichos acuerdos de voluntades estaban sujetas a constante supervisión y correspondían más que a una relación de coordinación entre los contratantes, a verdadera subordinación, como quiera que el desempeño de las funciones de la accionante estaba sujeto a la imposición de horario, de presentar informes, de asistir a comités institucionales y de atender las disposiciones e instrucciones establecidas por la entidad y provenientes del supervisor del contrato, según se precisa a continuación.

³⁹ Ver declaración de la señora Lina Marcela Hurtado López (minuto 3:04 a 17:27 del archivo n° 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

Tal como consta en las obligaciones específicas de los contratos de prestación de servicios, la demandante debía cumplir lo que se indica a continuación:

- Sujetarse a la asignación de la sede en la cual debía prestar sus servicios como médico en Servicio Social Obligatorio.
- Elaborar los informes relacionados con el desempeño de sus actividades⁴⁰.
- Responder y velar por el estado y funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos de servicios.
- Asistir a los comités llevados a cabo durante el mes.
- Ejercer control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de medicina general a los usuarios.
- Participar como instructora en la capacitación, adiestramiento e instrucción al personal relacionado con el área.
- Participar en la actualización del manual de normas y procedimientos del área.

Adicionalmente, con el testimonio recibido⁴¹, se demostró que la demandante tenía que atender las directrices de la coordinadora del centro de salud asignado.

No puede pasarse por alto que la sola ejecución de las funciones como médico en Servicio Social Obligatorio, que son similares a las de los médicos generales de planta, implícitamente conlleva dependencia respecto del centro hospitalario, tanto en el cumplimiento de directrices y políticas de atención a los usuarios que requieran los servicios de salud, como en el acatamiento de horarios y/o turnos que impongan los jefes inmediatos, los cuales son de obligatorio cumplimiento, dado que dicho componente hace parte para la debida y oportuna atención integral que permanentemente presta la institución médica.

g) Prestación exclusiva de servicios con la ESE

⁴⁰ Páginas 177 a 181, 191 a 195, 205 a 209, 219 a 223, 233 a 237, 247 a 251, 259 a 263, 273 a 277, 287 a 291, 301 a 305, 315 a 319 y 329 a 333 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Ver declaración de la señora Lina Marcela Hurtado López (minuto 3:04 a 17:27 del archivo nº 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

Ninguno de los elementos materiales probatorios allegados al proceso permite afirmar que durante el término de vinculación con el Hospital San José de Samaná, la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández suscribió contrato de prestación de servicios alguno con otra institución. Y de así haberlo hecho, tal circunstancia, en criterio de este Tribunal, no desdibuja la prestación exclusiva que tenía con la demandada, pues es evidente que hubiera sido en momentos para los cuales no estuviese laborando en la ESE accionada.

De hecho, la testigo afirmó que la actora no prestó servicios para otro centro asistencial porque no contaba con el tiempo para ello⁴².

h) Falta de autonomía e independencia

Para la Sala es claro que por su naturaleza, las atribuciones de quien se desempeña como médico general no tienen el alcance de determinar las condiciones bajo las cuales dicha labor debe ser desempeñada, lo que desvirtúa desde todo punto de vista el factor autonomía e independencia que se predica de una relación de prestación de servicios como la que en apariencia se constituyó entre las partes en el *sub lite*.

En efecto, en el presente caso se demostró que la actividad contractual no era ejercida de manera autónoma e independiente, pues la demandante debía: **i)** cumplir la programación establecida para la consulta externa, hospitalización, urgencias y demás actividades, lo cual implica la sujeción a un horario de trabajo en los turnos previamente fijados por el Hospital San José de Samaná según las necesidades del servicio; **ii)** no se encontraba en posibilidad de suscribir contrato de prestación de servicios con otra institución, pues al tener que cubrir el servicio médico que brindaba la entidad cada mes en unos turnos ya definidos, necesariamente hubiera tenido que pactar horarios en los días que se tenían como descanso; **iii)** no hacía uso de equipos propios para la ejecución de sus labores sino los suministrados por la entidad; **iv)** no podía ejecutar las actividades contratadas en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su preferencia, pues como se vio, había una agenda para citas médicas en horarios fijos toda la semana; **v)** sus actividades estaban sometidas a las directrices del supervisor del contrato; y **vi)** no podía ausentarse del lugar de trabajo a menos que solicitara el permiso correspondiente y cambiara el turno con alguno de sus colegas.

⁴² Ver declaración de la señora Lina Marcela Hurtado López (minuto 3:04 a 17:27 del archivo nº 12 del cuaderno 1 del expediente digital).

De todo lo anterior se concluye que se encuentra acreditada la subordinación de la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández como segundo elemento de la relación laboral predicada respecto del Hospital San José de Samaná.

3.3 Retribución

Sobre la existencia de remuneración por las actividades desarrolladas, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁴³ ya citada: *“Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado”*.

Según consta en los contratos allegados y referidos anteriormente, las partes pactaron como contraprestación por los servicios prestados por la demandante, un pago mensual proporcional a los honorarios fijados, previa entrega del informe de actividades, de las actas de cumplimiento a satisfacción firmadas por el supervisor, y de constancia de pago al Sistema de Seguridad Social Integral.

De conformidad con las actas de interventoría⁴⁴, con los comprobantes de egreso⁴⁵, y con las actas de terminación y de liquidación de cada contrato⁴⁶, se encuentra acreditada la realización de los pagos mensuales acordados.

4. Existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto

En el contexto referido y conforme con las reglas de la experiencia y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por la demandante, esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto se demostraron los elementos propios de una relación laboral entre la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández y el Hospital San José de Samaná, pese a que su vinculación se efectuó bajo la

⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

⁴⁴ Páginas 173, 187, 201, 215, 229, 243, 255, 269, 283, 297, 311 y 325 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Páginas 183, 185, 197, 199, 211, 213, 225, 226, 239, 241, 253, 265, 267, 279, 281, 293, 295, 307, 309, 321, 323, 335 y 337 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Páginas 103, 104 y 169 a 171 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

figura del contrato de prestación de servicios.

Por dicha razón, debe entenderse que los contratos de prestación de servicios encubrieron una relación de carácter laboral entre demandante y demandado.

En ese entendimiento, y en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la Sala concuerda con el Juez de primera instancia en el sentido que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo atacado y, en consecuencia, declarar la existencia de una relación laboral encubierta entre las partes por los períodos en los que se acreditó la vinculación, esto es, entre el 1º de agosto de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, y entre el 4 de enero de 2016 y el 31 de julio de 2016.

Coincide igualmente el Tribunal en el hecho que para el caso concreto no se configuró la prescripción, habida cuenta que, al tratarse de una vinculación que no tuvo interrupción en el tiempo de servicio, la parte actora promovió la demanda dentro del término de tres años después de la finalización del vínculo contractual.

En tanto no se discute en la apelación el restablecimiento del derecho ordenado, este Tribunal se abstendrá de realizar cualquier pronunciamiento sobre el particular.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en 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 advierte que las mismas se hubieren causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. CONFÍRMASE la sentencia del nueve (9) de julio de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Luisa Fernanda Vásquez Fernández contra la ESE

Hospital San José de Samaná.

Segundo ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

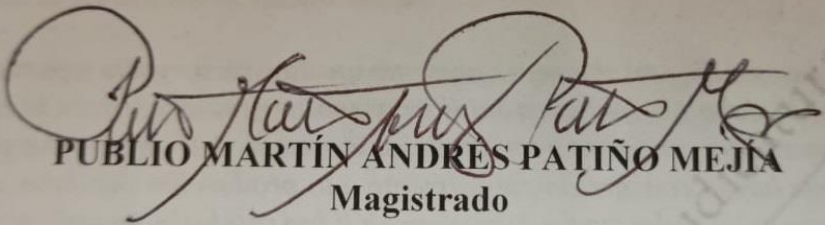
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

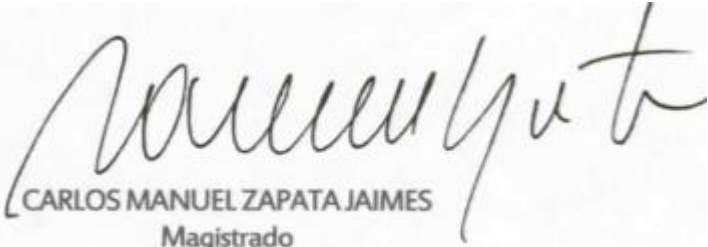
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **135**

FECHA: **08/08/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.:116

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-003-2019-00260-02
Demandante:	Aracelly Hernández Ayala
Demandados:	Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Departamento de Caldas

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 039 del 04 de agosto de 2023

Manizales, cuatro (04) de agosto 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 veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero 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 Aracelly Hernández Ayala 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 abril de 2019 (página 02, archivo 01), se solicitó lo siguiente:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, FOMAG.

1. Declarar la nulidad de la Resolución 287 del 26 de julio de 2017 *“por medio de la cual se reconoce una cesantía parcial a un funcionario del Departamento de Caldas”*, de la Resolución 7301-3 del 20 de septiembre de 2017 *“por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación”* y del Oficio UPS-1908 del 23 de octubre de 2018 suscrito por la profesional Especializada de la Unidad de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas.
2. Declarar que la parte demandante tiene derecho a que se le aplique a su favor el sistema de cesantías retroactivas por todo el tiempo que lleva laborando al servicio del Departamento de Caldas.
3. Condenar al Departamento de Caldas, Ministerio De Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a reconocer y pagar a la señora Aracelly Hernández Ayala el mayor valor que resulte de la liquidación de las cesantías parciales; liquidación que deberá realizarse bajo el sistema de cesantías retroactivas respecto del último salario devengado, por la señora Hernández Ayala anterior a la solicitud de cesantías.
4. 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).
5. 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. La señora Aracelly Hernández Ayala se encuentra trabajando sin solución de continuidad desde el 11 de febrero de 1994 y a la fecha se encuentra activa al servicio del departamento de Caldas.

2. La parte actora solicitó el 16 de marzo de 2015 a la secretaría de educación, que intercediera de forma oportuna para encontrar una solución sobre el tema de cesantías, ya que las cesantías correspondientes a los años 2013 y 2014, se encontraban en una cuenta especial de la secretaría y no a su nombre.
3. La demandante radicó el 28 de septiembre de 2015, solicitud de cesantías parciales ante el Jefe de la Unidad de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas y mediante resolución 00344 del 13 de octubre de 2015, el departamento le reconoció cesantías parciales bajo el sistema de retroactividad, teniendo como tiempo laborado únicamente desde el 19 de agosto de 1994 a diciembre de 2012.
4. Frente a la anterior decisión la parte actora interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución 11465-3 del 29 de diciembre de 2015, en la que se confirmó en todas sus partes la resolución apelada, sin realizar ningún análisis de los argumentos esgrimidos en el recurso.
5. La señora Aracelly Hernández Ayala nuevamente radicó solicitud de cesantías parciales ante el Jefe de Unidad de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas, la cual fue resuelta mediante Resolución n°00287 del 26 de julio de 2017, en la que el Departamento de Caldas le reconoció cesantías parciales bajo el sistema de retroactividad, teniendo en cuenta diferentes salarios, por lo que frente a dicha decisión se interpuso recurso de reposición el cual fue resuelto mediante Resolución n°7301-3 del 20 de septiembre de 2017, la cual confirmó en todas sus partes la resolución 00287 del 26 de julio de 2017.
6. La parte demandante solicitó el reconocimiento de sus cesantías bajo el sistema de cesantías retroactivas por todo el término laborado y el último salario devengado, solicitud que fue resuelta mediante oficio UPS-1908 del 23 de octubre de 2018, suscrito por la Profesional Especializada de la Unidad de Prestaciones Sociales del Departamento de Caldas.

Normas violadas y concepto de la violación

Indica que las personas beneficiarias del régimen de retroactividad en las cesantías, únicamente pierden su derecho cuando media una renuncia definitiva y voluntaria frente al cargo que ocupan, situación que en ningún caso puede aparejar a la de un empleado público que fue encargado para desempeñar un cargo igual o de superior jerarquía dentro de la misma entidad, sin perjuicio de que se cambie su fuente de financiación, pues la relación laboral no se interrumpe, ni se presenta solución de continuidad y mucho menos

renuncia de derechos laborales.

Expresó que el concepto del 7 de octubre de 2013 del Ministerio de Educación Nacional, ratifica la prohibición de liquidar el pago de las cesantías del personal con régimen de retroactividad que haya desempeñado o desempeñe un cargo que venía siendo financiado con recursos propios y que pase a desempeñar un cargo financiado con recursos del SGP para educación, puesto que realizarlo se catalogaría con una destinación indebida de recursos públicos; sin embargo establece completa claridad al sostener que el valor de las cesantías a reconocer se cancelaría de manera proporcional por el tiempo de servicio prestado con cargo a cada fuente de financiación.

Considera que en el presente asunto se presenta una falsa motivación, al no esgrimirse por parte del departamento de Caldas, los motivos y fuentes normativas que dieron origen a la resolución 344 del 13 de octubre de 2015 y la resolución 11465-3 del 29 de diciembre de 2015, además que existe una indebida aplicación de la ley y los conceptos, ya que de la lectura de las resoluciones demandadas se establece como principal y único argumento para no liquidar las cesantías retroactivas por todo el tiempo laborado, la aplicación del concepto del 7 de octubre de 2013, del cual se tomaron apartes del mismo, desconociendo con ello los derechos laborales de la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

No contestó la demanda.

Departamento de Caldas:

El Departamento de Caldas contestó la demanda de manera oportuna oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y manifestando que algunos hechos son ciertos, otros no le constan y otros no son ciertos.

Propuso las siguientes excepciones:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva” expresando que la Gobernación de Caldas – Secretaría de Educación, no tiene competencia, ni está autorizada legalmente para desembolsar dineros, ni reconocer derechos, competencia que radica en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quien se

encarga de todo lo relacionado con el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones a los docentes y directivos decentes del nivel nacional, lo cual o realiza a través de la Fiduprevisora S.A.; ***“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*** explicando que existe un procedimiento que se debe surtir ante las secretarías de educación de las entidades territoriales, para obtener el reconocimiento de prestaciones sociales a cargo del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, y una vez existe firmeza del acto administrativo pertinente, el ente territorial ya no tiene ninguna incidencia dentro del trámite de la prestación, convirtiéndose simplemente en un espectador mientras el trámite termina y es por ello que al departamento de Caldas no le asiste responsabilidad alguna en cuanto al pago de la obligación que aquí se reclama, pues no se puede aplicar una norma de carácter general de los servidores públicos al sector docente, más aun cuando estos poseen un régimen especial que regula precisamente el reconocimiento y pago de las cesantías; ***“Buena fe”*** en el presente caso de presentarse los presupuestos para declarar alguna obligación a cargo del departamento, existen circunstancias eximentes de responsabilidad, ya que de acuerdo al trámite establecido, en los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes, el departamento siempre ha obrado con correcto diligenciamiento y cumpliendo los términos estipulados en la ley en cuanto a sus funciones, sin embargo, el pago le corresponde al Fondo a través de la entidad fiduciaria; ***“Prescripción”*** en caso de acceder a las súplicas de la demanda, solicita que se aplique la prescripción trienal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del decreto 1848 de 1969 y el decreto 3135 de 1968.

LA SENTENCIA APELADA

El 25 de febrero de 2021, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia (archivo 05, C.1), accediendo a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Afirmó que se encuentra acreditado que la señora Aracelly Hernández Ayala presta sus servicios en el Departamento de Caldas desde el 19 de agosto de 1994, su vinculación con el ente territorial se produjo antes de la entrada en vigencia de la ley 344 de 1996 y en ese sentido su régimen originario de cesantías es el retroactivo, regulado por la Ley 6° de 1945, siendo necesario para el traslado al régimen anualizado, su manifestación expresa a la entidad territorial, quien funge como empleadora.

Citó el artículo 3 del Decreto 1582 de 1998 que regula la situación de los servidores públicos del nivel territorial vinculados antes de la entrada en vigencia de la ley 344 de 1996 y expresó con apoyo en jurisprudencia del

Consejo de Estado que requiere la manifestación expresa del empleado público beneficiario del régimen retroactivo de cesantías, de acogerse al régimen anualizado previsto en el artículo 13 de la ley 344 de 1996, reglamentada por el Decreto 1582 de 1998, situación que en el presente caso no ocurrió, pues se encuentra claro que la demandante ha mantenido una relación laboral ininterrumpida en desde el 19 de agosto al servicio del Departamento de Caldas, y que no obra prueba en el expediente de la intención de esta de acogerse al régimen anualizado de cesantías.

Describió que la demandante se encuentra desempeñando el cargo de Profesional Universitario en encargo y que recibe la remuneración de dicho empleo dado que el mismo se encuentra vacante y es por la remuneración de este empleo que ocupa en encargo, que solicita se liquiden sus cesantías bajo el régimen de retroactividad del cual es beneficiaria.

Expresó que el Departamento de Caldas liquidó las cesantías parciales de la señora Aracelly Hernández Ayala hasta el 5 de diciembre de 2012, pues a partir del 6 de diciembre de dicho año la demandante se vinculó en un empleo en encargo, el cual según indica la entidad territorial, es financiado con recursos del sistema general de participaciones.

Advirtió que a la señora Aracelly Hernández Ayala se le vienen consignando cesantías al Fondo Nacional del Ahorro desde el 1 de noviembre de 2013 y en criterio de la entidad territorial, las cesantías causadas en virtud del encargo están siendo pagadas bajo el régimen anualizado de cesantías, indicando en los actos administrativos demandados que una vez la actora regrese al cargo del cual es titular, se le continuará liquidando y pagando sus cesantías bajo el régimen de retroactividad.

Manifestó que desde que la señora Aracelly Hernández está vinculada mediante encargo en un empleo de la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, sus cesantías han sido consignadas al Fondo Nacional del Ahorro, situación que no implica la mutación del régimen retroactivo del cual es beneficiaria, a un régimen anualizado y mucho menos, que el encargo implique que durante ese lapso de tiempo se dé una liquidación anualizada de cesantías, para regresar al régimen retroactivo una vez el empleado regrese al cargo del cual es titular, dado que esta situación es a todas luces inconsulta e ilegal.

En la parte resolutive dispuso:

TERCERO.- DECLARAR LA NULIDAD de la resolución No. 287 del 26 de julio de 2017, de la resolución No. 7301-3 del 20 de septiembre de 2017 y del

oficio UPS-1908 del 23 de octubre 2018, en tanto se negó la liquidación de las cesantías de la señora Aracelly Hernández Ayala bajo el régimen de retroactividad a partir del 6 de diciembre de 2012.

CUARTO.- A título de restablecimiento del derecho CONDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS a RELIQUIDAR las cesantías de la señora ARACELLY HERNÁNDEZ AYALA identificada con cédula de ciudadanía No. 33.990.648, acorde con el régimen de retroactividad desde el momento de su vinculación con el departamento de Caldas, esto es desde el 19 de agosto de 1994 hasta el 28 de septiembre de 2018 (fecha de la última solicitud de pago parcial de cesantías), de la siguiente manera:

El tiempo laborado entre el 6 de diciembre de 2012 y el 28 de septiembre de 2018 deberá ser liquidado con el salario que devengaba la demandante en virtud del encargo en el año 2018 y el periodo del 19 de agosto de 1994 al 5 de diciembre de 2012 deberá ser liquidado con el salario del cargo del cual es titular. En todo caso, a dicha liquidación habrán de descontarse los pagos parciales de cesantías realizados directamente a la demandante y al Fondo Nacional del Ahorro en su cuenta individual.

El pago de la reliquidación ordenada en la presente sentencia, se hará acorde con lo establecido en la normatividad que para el efecto existe sobre las cesantías.

Asimismo, las cesantías de la señora Aracelly Hernández Ayala se deberán seguir liquidando acorde con el régimen de retroactividad desde el momento de su vinculación y hasta que se produzca la finalización del vínculo laboral o se produzca un traslado voluntario y expreso de la demandante al régimen anualizado de cesantías.

Lo anterior sin perjuicio de que la servidora pueda continuar solicitando retiros parciales de cesantías si tiene saldos a favor, los cuales deberán ser tomados como abonos a la liquidación definitiva.

QUINTO.- El Departamento de Caldas deberá realizar los trámites administrativos internos tendientes a la liquidación y pago parcial de las cesantías de la señora Aracelly Hernández Ayala, sin que los mismos afecten el derecho prestacional de la demandante.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, el Departamento de Caldas interpuso recurso de apelación

contra el fallo de primera instancia (archivo 07, C.1), alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Indicó que la Resolución 0287 del 26 de julio de 2017, señaló que con el fin de no generar un posible detrimento patrimonial en contra del presupuesto de la Administración Departamental y que al momento de volver al cargo de cual es titular, no quede con la obligación de reintegrar dinero al Departamento de Caldas, y atendiendo directrices de la Secretaría General mediante oficio S.G. 3144 del 15 de noviembre de 2006 en donde se solicita fijar una política departamental frente al tema y acogiendo diferentes conceptos emanados del Departamento Administrativo de la Función Pública para dichos casos, se realizó la liquidación de las cesantías solicitadas por la señora HERNANDEZ AYALA.

Expresó que la liquidación efectuada en la Resolución 0287 del 26 de julio de 2017, tuvo en cuenta todo el tiempo laborado desde el 19 de agosto de 1994 hasta el 31 de mayo de 2017, sin ninguna interrupción, reconociendo el régimen de retroactividad en las cesantías del cual es beneficiaria la señora ARACELLY HERNÁNDEZ AYALA.

Manifestó que el concepto EE11352 del 04 de noviembre de 2009, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública, el cual señaló que cuando un empleado con régimen retroactivo de cesantías solicita anticipo sobre las cesantías, es necesario que este salario se tenga en cuenta por el tiempo que ha ejercido el encargo y no por todo el tiempo que lleva vinculado a la administración. De esta forma, si el encargo se ejerció por un término de los dos últimos años y se pretende liquidar diez años, el salario del encargo se tiene en cuenta por los dos años y los otros ocho años se tienen en cuenta con el último salario devengado por el servidor en su empleo del cual es titular.

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 30 de junio de 2021, y allegado el 28 de julio del mismo año al

Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia (archivo 2, C.2).

Admisión y alegatos. Por auto del 28 de julio 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 24 de agosto de 2021 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 demandada Departamento de Caldas contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos propuestos en aquél.

Problema jurídico

En el presente asunto, el problema jurídico se contrae a despejar los siguientes interrogantes:

¿Tiene derecho la parte demandante a que las cesantías reclamadas sean liquidadas con base en el régimen retroactivo?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo del régimen de cesantías aplicables a los empleados públicos; **ii)** hechos acreditados y **iii)** el caso concreto.

1.- Marco normativo del régimen de cesantías aplicables a los empleados públicos

A través de la Ley 6ª de 1945, el Gobierno Nacional dictó, entre otras, disposiciones referentes a la jurisdicción especial de trabajo, y en sus artículos 12 y 17 dispuso que los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarían, entre otras prestaciones, de un auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio, para lo cual

solamente se tendría en cuenta el tiempo de servicio prestado con posterioridad al 1º de enero de 1942.

La liquidación de dicha prestación social fue reglamentada a través del artículo 6º del Decreto 1160 de 1947, que indicó que:

“De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisariales, municipales y particulares, se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses...”

Ahora bien, el **Decreto 3118 de 1968** creó el Fondo Nacional del Ahorro y dentro de los objetivos que estableció para la administración de sus recursos, fijó los siguientes: «pagar oportunamente el auxilio de cesantía a empleados públicos y trabajadores oficiales»³, y «proteger dicho auxilio contra depreciación monetaria»⁴; con tales finalidades, el artículo 3 *ibidem* determinó que, las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales al servicio de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado debían ser liquidadas y entregadas al Fondo; y en su artículo 22 ordenó a la Caja Nacional de Previsión Social realizar, con corte a 31 de diciembre de 1968, la liquidación de cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales afiliados a ella.

En cuanto a la liquidación anual de las cesantías, estableció:

ARTÍCULO 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario, contado a partir del 1o. de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador.

ARTÍCULO 28. Liquidación año de retiro. En caso de retiro del empleado o

³ Artículo 2 literal a) del Decreto 3118 de 1968.

⁴ Artículo 2 literal b) del Decreto 3118 de 1968.

trabajador, el respectivo Ministerio, Departamento Administrativo, Superintendencia, Establecimiento Público o Empresa Industrial y Comercial del Estado, liquidará la cesantía que corresponda al empleado o trabajador por el tiempo servido en el año de retiro.

...

ARTÍCULO 33. Intereses en favor de los trabajadores. (Modificado por el Artículo 3. de la Ley 41 de 1975). El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta, intereses del nueve (9) por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantía que se encuentre en poder de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47”.

Con lo previsto en los artículos 27, 28 y 33 *ibidem* empezó el llamado «desmonte del régimen de retroactividad de cesantías», pues se dispuso la liquidación anual de esta prestación para los empleados y trabajadores de las entidades aludidas previamente, y la liquidación definitiva por la porción de tiempo laborada durante el año del retiro, así como el reconocimiento de intereses anuales a ser liquidados el 31 de diciembre de cada año, sobre el saldo que figure a favor de cada empleado.

Para los empleados territoriales las cesantías seguirían siendo liquidadas bajo el régimen de retroactividad, no obstante, con los postulados que modificaron su naturaleza y cobertura, permitieron la afiliación a este de los empleados de las entidades territoriales y sus entes descentralizados (Ley 432 de 1998 y Decreto 1453 de 1998).

Por otra parte, la Ley 50 de 1990 cambió el régimen de cesantías en el sector privado al anualizado, cuyas características fueron explicadas en su artículo 99, así:

“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 el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (...)”

De otra parte, el artículo 13 de la Ley 344 de 27 de diciembre de 1996⁵, extendió el régimen de cesantías fijado en la Ley 50 de 1990 a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), en virtud del cual, la liquidación definitiva debía realizarse el 31 de diciembre de cada año.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1582 del 5 de agosto de 1998⁶ que amplió el régimen de cesantías de la Ley 50 de 1990 (anualizado) a los servidores públicos del orden territorial, así:

“El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998”.

En el caso de aquellos que se hubieran vinculado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, con régimen de retroactividad y que decidieran acogerse al previsto en la precitada Ley 344 de 1996, el artículo 2 del Decreto 1582 de 1998 preceptuó que para que los servidores públicos territoriales puedan afiliarse a un fondo de cesantías y acogerse al nuevo régimen anualizado, debían cumplirse las siguientes exigencias:

- a) La suscripción de un convenio entre la entidad territorial y el fondo de cesantías para efectos de administrar en cuentas individuales los recursos para el pago de las cesantías de los servidores públicos de ese nivel que se encuentran bajo el sistema tradicional de retroactividad, y;*
- b) La coexistencia de la información y publicidad entre los tres sujetos (ente, fondo y afiliado) para efectos de poner en conocimiento el traslado.*

Y el artículo 3º ibidem previó el siguiente procedimiento:

“a) La entidad pública realizará la liquidación definitiva de las cesantías a la fecha de la solicitud de traslado;

⁵ “Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones”

⁶ “Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 5 de la Ley 432 de 1998, en relación con los servidores públicos del nivel territorial y se adoptan otras disposiciones en esta materia”

- b) La entidad pública entregará el valor de la liquidación a la seleccionada por el trabajador;
- c) En lugar de entregar dicha suma de dinero, las entidades territoriales podrán emitir a favor de cada uno de los servidores públicos que se acojan a este régimen, un título de deuda pública por el valor de la liquidación de las cesantías, con las características que se señalan más adelante, previo el cumplimiento de los trámites legales necesarios para su expedición”.

Al respecto, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016⁷, señaló:

*“En ese orden, se puede decir que los empleados que ingresaron a la administración pública con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, **están cobijados por el régimen anualizado** de liquidación de cesantías, **al igual que los vinculados con anterioridad pero que se hubieran acogido al régimen anualizado**, y para efecto de la liquidación y pago de esa prestación se rigen por lo que en esa materia consagra la Ley 50 de 1990 y normas concordantes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1582 de 1998”.* (Se resalta)

Visto lo anterior, coexisten dos regímenes de cesantías, las retroactivas que son viables para quienes se vincularon a la administración pública hasta el 30 de diciembre de 1996 y las anualizadas creadas por la Ley 50 de 1990, inicialmente para el sector privado y que la Ley 344 de 1996 extendió a los servidores públicos vinculados con posterioridad a su entrada en vigencia (31 de diciembre de 1996), incluidos los del nivel territorial.

Sin embargo, para aquellos servidores con vinculación anterior a la Ley 344 de 1996 y beneficiarios del régimen retroactivo, el Decreto 1582 de 1998 les concedió la posibilidad de acogerse al régimen anualizado de cesantías, previa solicitud, liquidación total de la prestación y entrega del emolumento al fondo de su elección, tal como lo previó en su artículo 3, como procedimiento necesario para el precitado cambio.

Por otra parte, el Decreto 1252 del 30 de junio de 2000, en el artículo 2, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la relación laboral.

Y en el mismo sentido, el Decreto 1919 del 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional a los servidores del orden

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación 8001-23-31-000-2011-00628-01(0528-14) CE-SUJ2-004-16.

territorial, en el artículo 3 previó que: *“Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”*.

De conformidad con las disposiciones transcritas, se tiene que el régimen de liquidación retroactivo de cesantías regulado por la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones que la modifican y reglamentan, es aplicable a los servidores públicos vinculados antes del 30 de diciembre de 1996 y con base en éste, se origina el derecho al reconocimiento y pago de un mes de salario por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracción, liquidados con base en el último salario devengado por el servidor público.

2.- Hechos acreditados

2.1.- Oficio UPS-1908 del 23 de octubre de 2018, por medio del cual no se accede a la solicitud de liquidación de las cesantías retroactivas.

2.2.- Oficio UPS 1260 del 2 de octubre de 2017 por medio del cual se cita a la demandante para notificarla de la resolución No. 301-3 del 20 de septiembre de 2017.

2.3.- Resolución n°00287 del 26 de julio de 2017 por medio del cual se reconoce una cesantía parcial a la señora Aracelly Hernández Ayala como funcionaria del Departamento de Caldas.

2.4.- Resolución n°7301-3 del 20 de septiembre de 2017 por medio del cual se resuelve un recurso de apelación

2.5.- Respuesta del Fondo Nacional del Ahorro a la demandante en el cual le informan que tiene cesantías reportadas por la entidad Fondo Educativo Departamental de Caldas, correspondiente a las vigencias 2013, 2014 y 2015.

2.6.- Extracto individual de cesantías de la señora Aracelly Hernández en el Fondo Nacional del Ahorro.

2.7.- Resolución n°11465-3 del 29 de diciembre de 2015 por medio de la cual se resuelve un recurso de apelación.

2.8.- Recurso de apelación contra la Resolución n°344 del 13 de octubre de 2015.

2.9.- Resolución n°344 del 13 de octubre de 2015, por medio de la cual el Departamento de Caldas reconoce una cesantía parcial a una funcionaria del departamento.

2.10.- Solicitud de reconocimiento y pago de cesantías presentado por la señora Arcelly Hernández.

2.11.- Constancia laboral de la señora Aracelly Hernández.

2.12.- Respuesta a consulta sobre cesantías retroactivas por parte del Ministerio de Educación.

3.- Examen del caso concreto

En cuanto al régimen de cesantías que le resulta aplicable a la demandante, de acuerdo con las pruebas aportadas se evidencia que, su vinculación a la entidad territorial demandada data del 19 de agosto de 1994, -fecha para la cual el esquema de cesantías vigente era el retroactivo, regido por la Ley 6ª de 1945.

De otra parte, no obra prueba alguna que permita inferir a la Sala que la servidora hubiese manifestado a la administración su intención de optar por el régimen anualizado, ni que se haya adelantado alguno de los trámites siguientes exigidos por el Decreto 1582 de 1998 para su traslado.

Se resalta por este Tribunal que el mencionado decreto no previó la posibilidad de un cambio tácito de régimen, por cuanto esta es una manifestación voluntaria del servidor⁸, por lo que, para que opere el cambio de régimen retroactivo de cesantías al anualizado del servidor territorial vinculado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, es preciso que el servidor le manifieste expresamente a la administración dicha determinación; de no ser así, su afiliación a un fondo creado en virtud de la Ley 50 de 1990 tan solo implica el cambio de administrador de dichos recursos.

Por lo tanto, toda vez que la señora Hernández Ayala se vinculó al servicio del Departamento de Caldas desde el 19 de agosto de 1994, hasta el 28 de septiembre de 2018 (fecha en la cual la demandante realizó su última solicitud de liquidación y pago de cesantías parciales bajo el régimen de retroactividad, sin solución de continuidad y que no se presentó el traslado de régimen de cesantías, se concluye que, la demandante se encontraba cobijada bajo el

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 9 de julio de 2009, Radicación número: 760012331000200203287-01 (1489-01).

régimen retroactivo de cesantías.

Ahora bien, sostiene la entidad territorial demandada que al ser nombrado un funcionario en una situación administrativa transitoria o temporal como el encargo o la comisión en otro empleo del cual es titular, en vigencia del régimen anualizado de cesantías, quedaba sometido a este régimen por el tiempo de la comisión o del encargo.

Al respecto la Sala precisa que, el derecho a la liquidación de las cesantías retroactivas no se pierde por el simple cambio de cargo dentro de la misma entidad, por cuanto tal situación no se encuentra prevista en la ley.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha precisado:

*“La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido pacífica en establecer que el régimen de cesantías retroactivas se mantiene para los vinculados a la entidad con anterioridad al 30 de diciembre de 1996 y el derecho no se pierde por cambio de cargo en la misma entidad ni por afiliación a un fondo, siempre y cuando no exista ruptura en el servicio.(...) la Sala considera que si bien es cierto que en los empleos que ocupó en el nivel profesional la actora se dio una renuncia para posesionarse en otro empleo, también lo es que **sus servicios se prestaron continuamente, situación que no implica solución de continuidad en la prestación del servicio y tampoco comporta la pérdida de su régimen de liquidación de cesantías**, pues su vinculación se dio con anterioridad al 30 de diciembre de 1996 y no hubo ruptura en la prestación del servicio a un mismo empleador.*

El hecho de la variación de los empleos no implicó la pérdida del régimen de cesantías que adquirió con su primer empleo, el cual obtuvo en vigencia de las normas que lo permitían y que se mantuvo”.⁹ (Se resalta)

Y en providencia del 5 de mayo de 2022 la misma Corporación estableció:

*“Por los anteriores razonamientos, la Subsección estima que el desconocer el derecho de la demandante consistente en que sus cesantías sean liquidadas bajo el régimen retroactivo, en los términos de la Ley 6ª de 1945 y demás disposiciones complementarias, implicaría un apartamiento de las normas y jurisprudencia aplicable a situaciones como la del caso de marras, pues **en ningún momento la servidora manifestó su voluntad de trasladarse de régimen** y, pese de que así haya acontecido con ocasión al nombramiento en provisionalidad efectuado mediante Decreto 393 del 21 de julio de 2003, **tal contexto no trajo como***

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 20 de septiembre de 2018, Radicado: 17001-23-33-000-2014-00286-01(3755-15).

consecuencia la variación de su situación jurídica prestacional frente a la forma en cómo debe calcularse su auxilio de cesantías.

La anterior postura ha sido sostenida por parte de esta Sección Segunda¹⁰ en asuntos similares al presente, en los cuales se ha desarrollado la materia del régimen retroactivo de cesantías de empleados públicos del orden territorial, a quienes les es viable el reconocimiento del régimen retroactivo de cesantías cuando, habiéndose afiliado a un fondo privado, no existe manifestación expresa del consentimiento para dicho cambio.

En estos términos, conforme a las consideraciones expuestas ut supra, al juzgador de primera instancia le asiste razón al haber accedido al pedimento de la parte activa tendiente a la liquidación de su auxilio de cesantías con retroactividad, en observancia de los aportes realizados desde el 15 de marzo de 1985, por cuanto esta vinculación con el departamento de Bolívar se presentó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, lo cual le permite conservar el esquema retroactivo para el reconocimiento de la aludida prestación.”¹¹

Por lo tanto, si bien la demandante fue nombrada en encargo a partir del 6 de diciembre de 2012 en el cargo de Técnico grado 04, y, a partir del 21 de mayo de 2013 como Profesional Universitario código 219 grado 01, esa situación no muta la naturaleza de su nombramiento inicial (19 de agosto de 1994), fecha desde la cual la demandante inició la prestación de sus servicios en la entidad territorial; ni modifica su régimen de cesantías.

Ahora, en relación con el argumento contenido en el recurso de apelación según el cual la liquidación efectuada en la Resolución n°0287 del 26 de julio de 2017, tuvo en cuenta todo el tiempo laborado desde el 19 de agosto de 1994 hasta el 31 de mayo de 2017, sin ninguna interrupción, reconociendo el régimen de retroactividad en las cesantías del cual es beneficiaria la señora Aracelly Hernández Ayala, la Sala precisa que la lectura de dicho acto administrativo y del que resolvió el recurso radicado contra el mismo (Resolución 7301-3 del 20 de septiembre de 2017), permite inferir que el Departamento de Caldas ha aplicado el siguiente criterio (página 86, archivo 01:

¹⁰ Ver entre otras: i) sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad.: 08001-23-31-000-2011-00700-01(1303-16); ii) sentencia del 20 de febrero de 2020, Rad.: 08001-23-31-000-2011-00744-01(1836-16).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segundas, sentencia del 5 de mayo de 2022, radicado: 13001-23-33-000-2015-00096-01 (5205-2019)

salario del encargo solo por el tiempo
empleo del cual es titular."

De conformidad con lo anterior, la Unidad de Prestaciones sociales del Departamento de Caldas, ha resuelto la solicitud de Cesantías Parciales para mejora de vivienda a la señora ARACELLY HERNÁNDEZ AYALA, atendiendo solo el periodo cancelado con recursos propios es decir, hasta el 05 de diciembre de 2012, bajo la modalidad de cesantías retroactivas, las causadas con posterioridad se encuentran provisionadas como doceavas mensuales en cuentas del Departamento de Caldas y en el Fondo Nacional del Ahorro, según lo manifestado en el expediente de la señora HERNÁNDEZ AYALA.

Así mismo, una vez la funcionaria sea asumida directamente por el Departamento de Caldas, con recursos propios se continuara liquidando con el procedimiento establecido por la ley para el régimen de retroactividad, como se le viene haciendo hasta el 05 de diciembre de 2012.

El Departamento de Caldas, no puede liquidar y cancelar las cesantías según lo pretendido, es decir desde la fecha de vinculación hasta la fecha, con el último salario pagado por el SGP, cuando la servidora pública en los últimos años, ha sido financiada con otra fuente de recursos y asumir prestaciones sociales sobre estos, originaría un detrimento patrimonial a la entidad o se estaría en la obligación de iniciar las acciones legales para la recuperación de los mayores valores cancelados.

En este sentido, el Tribunal reitera que el Departamento de Caldas no ha reconocido y pagado las cesantías de la parte demandante con el régimen de retroactividad, teniendo en cuenta el periodo laborado y de conformidad con el artículo 6º del Decreto 1160 de 1947 *"se tomará como base el último sueldo o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si éste fuere menor de doce (12) meses"*, descontando del valor resultante, los pagos parciales que se hubieren efectuado.

Esta Corporación recuerda que la sentencia de primera instancia dispuso:

(...) CONDENAR al DEPARTAMENTO DE CALDAS a RELIQUIDAR las cesantías de la señora ARACELLY HERNÁNDEZ AYALA identificada con cédula de ciudadanía No. 33.990.648, acorde con el régimen de retroactividad desde el momento de su vinculación con el departamento de Caldas, esto es desde el 19 de agosto de 1994 hasta el 28 de septiembre de 2018 (fecha de la última solicitud de pago parcial de cesantías), de la siguiente manera:

El tiempo laborado entre el 6 de diciembre de 2012 y el 28 de septiembre de 2018 deberá ser liquidado con el salario que devengaba la demandante en virtud del encargo en el año 2018 y el periodo del 19 de agosto de 1994 al 5 de diciembre de 2012 deberá ser liquidado con el salario del cargo del cual es titular. En todo caso, a dicha liquidación habrán de descontarse los pagos parciales de cesantías realizados directamente a la demandante y al Fondo

Nacional del Ahorro en su cuenta individual.

Finalmente, teniendo en cuenta que dicha forma de liquidación no fue objeto de recurso por parte de la demandante, este Tribunal no dispondrá una fórmula diferente para liquidar la cesantía de la señora Hernández Ayala.

4.- Conclusión

De acuerdo con lo expuesto la Sala infiere que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por haberse expedido con infracción de las normas en que debían fundarse, por cuanto a la demandante le asistía el derecho a que su auxilio de cesantías fuera liquidado en su totalidad en aplicación de régimen retroactivo contenido en la Ley 6 de 1945 y demás normas complementarias, pues: i) se vinculó al Departamento de Caldas el 19 de agosto de 1994, es decir con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996; ii) no se comprobó su manifestación de voluntad para cambiarse al régimen anualizado y iii) el nombramiento en encargo a partir del 6 de diciembre de 2012 en el cargo de Técnico grado 04, y, a partir del 21 de mayo de 2013 como Profesional Universitario código 219 grado 01, no modificó su régimen de cesantías por cuanto no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio.

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 Estado¹², el Tribunal observa que no hay prueba de gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandante 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,

¹² 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 veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aracelly Hernández Ayala contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el Departamento de Caldas.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

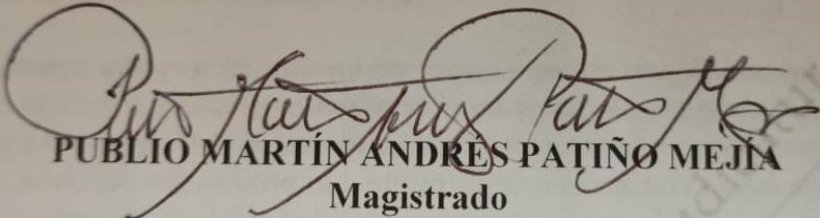
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen y HÁGANSE las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia Siglo XXI”.

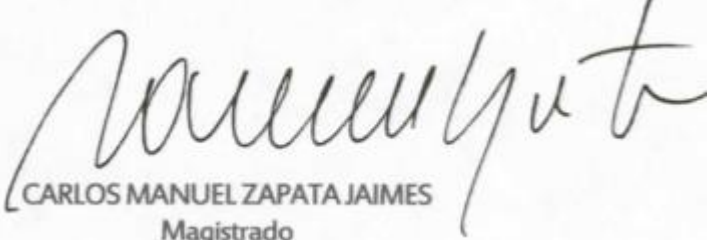
Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 135

FECHA: 08/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO	17-001-33-33-003-2022-00144-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	DIEGO ANTONIO ÁLVAREZ BETANCUR
ACCIONADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Procede la Sala Primera de Decisión el Tribunal Administrativo de Caldas, conforme al artículo 18 de la Ley 446 de 1998, a dictar sentencia de segunda instancia, con ocasión al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó pretensiones, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales el día 29 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-501 del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual se negó la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecidas en la Ley 50 de 1990, y el derecho a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías que se encuentra establecida en el artículo 1º de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.
2. Declarar que el demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

Condenas:

1. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, a que le reconozca y pague la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.
2. Condenar a la Nación - Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación a que se le reconozca y pague la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 1º de enero de 2021.
3. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar, con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la sanción moratoria e indemnización por pago extemporáneo de los intereses, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del CPACA.
4. Condenar a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas - secretaría de Educación - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las sanciones moratorias reconocidas en esta sentencia, artículo 192 del CPACA.
5. Que se ordene a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de

este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

6. Condenar en costas a la Nación-Ministerio de Educación Nacional y a la entidad territorial - del departamento de Caldas- secretaría de Educación de conformidad con lo estipulado en el Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual se rige por lo dispuesto en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

HECHOS

- La Ley 91 de 1989 le asignó como competencia al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.
- Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, entregándole la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente; y la consignación de las cesantías en el Fondo de Prestaciones Sociales en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente.
- Teniendo de presente estas circunstancias, el demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- El demandante solicitó el 10 de septiembre de 2021 la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías y sus intereses a la entidad nominadora, petición que fue resuelta de manera negativa.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

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

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

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

Explicó que la teleología de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del Magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

De otro lado, insistió en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías pues se trata de una hermenéutica menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Además, afirmó que, si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que no eran ciertos; de otros que lo eran parcialmente; y de otros que no eran hechos.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que carecen de fundamentos de derecho.

Como razones de defensa expuso las diferencias sustanciales que tiene el Fondo de Prestaciones con otros sistemas de administración de cesantías, para resaltar que, en el esquema de manejo de estas para los docentes, la entidad tiene vedada la posibilidad de apertura de cuentas individuales; y que los valores que corresponden a las cesantías no se consignan sino que ya están presupuestados y trasladados al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, lo cual está soportado en la normativa que rige el asunto.

Resalto que Fondo es una cuenta creada para el manejo de los recursos de las prestaciones docentes, no un fondo de cesantías, verdaderos destinatarios de la Ley 50 de 1990, que no resulta aplicable a los docentes sometidos al régimen especial de la Ley 91 de 1989.

Planteó como excepciones previas de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** la parte actora incurre en un error al determinar que es el Fondo al que le corresponde el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, pues su reconocimiento corresponde al ente territorial; aspecto diferente es que, en el evento de accederse a pretensiones, el departamento deba proceder al pago a través del Fondo.
- **Inexistencia de la obligación:** precisó que existe una imposibilidad jurídica y material de administrar los recursos de las cesantías de los docentes del Fondo bajo la figura de cuentas individuales, lo cual descarta que se pueda ejecutar el acto físico de la consignación de las cesantías, hecho del cual pende la sanción de que trata la Ley 50 de 1990.
- **Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías en el régimen especial del FOMAG:** adujo que la actividad operativa de consignación de las cesantías antes del 15 de febrero en un fondo al interior de los regímenes que regulan esta prestación constituye condición para que en un caso concreto se abra paso la indemnización por consignación extemporánea; es decir, que la inobservancia del primer acto conduce en forma consecencial a la configuración de la penalidad peticionada, pero como se ha mencionado en el caso del sistema especial del Fondo el empleador (ente territorial) no realiza la consignación de las sumas monetarias por concepto de cesantías de sus docentes ya que estos han sido pre girados y depositados en el fondo común cuya característica es la unidad de caja.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, indicó que se han presentado demandas con los mismos supuestos de hecho y de derecho respecto de los cuales se ha expuesto su improcedencia, por lo tanto, considera que al tenor del artículo 188 del CPACA el libelo petitorio carece de fundamento legal, por lo que es procedente la condena en costas.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: no contestó la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 29 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si el demandante tenía derecho a que se le reconocieran y pagara la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, teniendo en cuenta la existencia de cosa juzgada constitucional que sobre el asunto sentó la Corte a través de sentencia C-928 de 2006. Y si la parte demandante tenía derecho a que se le reconociera y pagara la indemnización por pago tardío de los intereses de cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó la institución de la cosa juzgada constitucional como garantía de la estabilidad jurídica, y específicamente, en relación con el caso concreto, lo decidido en la sentencia C-928 de 2006, frente a lo cual concluyó que no es posible revivir una situación zanjada por la Corte Constitucional cuando analizó la constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 91 de 1989, y respecto del apartado del numeral 3, relacionado con los interés, que dispone *“equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”* declaró su exequibilidad.

Consideró el despacho que la jurisprudencia citada por la parte actora, sentencia SU-018 de 2018, para ser tenida en cuenta en el presente análisis no tiene aplicación general, dado que la cosa juzgada constitucional sobre la materia sentada por la máxima guardiana de la Constitución a través de la sentencia de control abstracto de constitucionalidad C – 928 de 2006 es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades de la República.

Al descender al caso concreto relacionó los hechos probados para concluir que se ha establecido que el régimen de las cesantías aplicable a la parte demandante es el anualizado en aplicación de la Ley 91 de 1989, y en este sentido, resulta incompatible

aplicar las normas de la Ley 50 de 1990 y Ley 52 de 1975, por lo que se negó las pretensiones de la demanda al encontrarse probada de oficio la excepción que el despacho denominó cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C – 928 de 2006.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda invocadas por DIEGO ANTONIO ALVAREZ BETANCUR, en contra de la Nación (Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio) y el Departamento de Caldas – Secretaría de Educación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR de oficio la prosperidad de la excepción que este despacho denomina, cosa juzgada constitucional, respecto de las reclamaciones del accionante, con fundamento en la sentencia C-928 de 2006.

TERCERO: Sin condena en costas por lo descrito en la parte motiva de esta sentencia.
(...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #20 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos

prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías, precisó que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones

sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975, señaló que sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

Por lo tanto, que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo cada 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año. Que en el presente asunto queda demostrado que no le fueron consignadas sus cesantías desde hace 30 años, pero se pretende el restablecimiento solo de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

Que de acuerdo con la sentencia SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional, al no estar incluido en la Ley 91 de 1989 el plazo para esta consignación es aplicable el determinado en la norma general, es decir, antes del 15 de febrero de cada año, como lo estatuye la Ley 50 de 1990.

De acuerdo a lo anterior, señaló que la sentencia de primera instancia desarrolla las siguientes premisas erróneas: - *“En el régimen especial docente no existe la obligación de consignar las cesantías por parte del ente territorial ni de la Nación (Ministerio de Educación)”* – *“Existencia de expresa exclusión de aplicación normativa de la Ley 344 de 1996 y consecuentemente de la Ley 50 de 1990 a los docentes”*. - *Inexistencia de vulneración de los principios igualdad y de favorabilidad y carácter no vinculante de la sentencia SU-098 de 2018 y El régimen especial docente de cesantías no vulnera el derecho a la igualdad ni el principio de favorabilidad”*. – *“Inexistencia de identidad fáctica con la SU-098 de 2018”*. – *“Inexistencia de criterio unificado del Consejo de Estado”*; *“Improcedencia de aplicar la sanción por no consignación de cesantías toda vez que no es posible establecer límite final de la sanción moratoria”*. – *“Indemnización por falta de pago de intereses a las cesantías del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 no es aplicable a los docentes”*. – *“Las entidades demandadas no incurrieron en mora dado que el Ministerio de*

Educación Nacional hace el giro de los recursos al FOMAG de los recursos del Sistema General de Participaciones”.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- El demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.100.609, e intereses a las cesantías por \$308.046, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 10 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora,

por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

➤ Mediante Oficio NOM-501 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de nómina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por el demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿Tiene derecho el demandante, en su condición de docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales

decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la

³ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Por el contrario, en armonía con lo expuesto, es posible concluir que los docentes afiliados al Fondo tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los educadores pertenecientes al Fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de

⁴ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

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

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

cesantías, eventos que se distancian de la situación planteada en este caso, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

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

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

<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): \$400.000</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): \$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 1989¹⁰.*

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que el demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan 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.

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

El demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliado al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

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

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Decisión del **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS**, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **DIEGO ANTONIO ÁLVAREZ BETANCUR** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

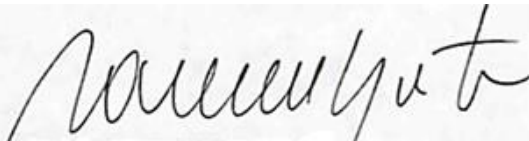
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 03 de agosto de 2023 conforme acta

nro. 044 de la misma fecha.


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente


FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
ESTADO ELECTRÓNICO
Notificación por Estado Electrónico nro. 135 del 08 de agosto de 2023.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 115

Asunto:	Sentencia de segunda instancia
Acción:	Reparación Directa
Radicación:	17001-33-33-004-2016-00326-02
Demandantes:	Adriana Lucía Ocampo Hurtado y otros
Demandados:	Departamento de Caldas
Llamada en	
Garantía:	Axa COLPATRIA Seguros S.A.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta n° 039 del 04 de agosto de 2023

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las súplicas de la demanda dentro del proceso de reparación directa promovido por la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado y otros contra el Departamento de Caldas, y en el cual fue llamada en garantía Axa COLPATRIA Seguros S.A.

LA DEMANDA

En ejercicio de este medio de control interpuesto el 14 de octubre de 2016², se solicitó lo siguiente³:

Pretensiones

¹ En adelante, CPACA.

² Página 1 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Página 13 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

1. Que se declare que hubo un daño antijurídico generado por el Departamento de Caldas por la falta de mantenimiento de la vía que conduce a la vereda La Plata del Municipio de Palestina, en el sector comprendido entre Tres Puertas y Santágueda, y que ocasionó el accidente ocurrido el 26 de agosto de 2014.
2. Que se declare responsable a la parte accionada por los siguientes perjuicios causados a la parte demandante:

DEMANDANTE	CALIDAD EN QUE CONCURRE	PERJUICIOS MORALES (s.m.l.m.v.)
Adriana Lucía Ocampo Hurtado	Víctima	60
Luis Alberto Ocampo Arboleda	Padre	30
Alba Lucía Hurtado de Ocampo	Madre	30
Jairo Alberto Ocampo Hurtado	Hermano	30
Stefanía Luna Ocampo	Hija	30

3. Que se ordene a la entidad demandada cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del CPACA.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte accionada.

Hechos

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente⁴:

1. La señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado es empleada de la empresa denominada Agrícola San Marino (Zar Pollo), como vendedora de productos, para lo cual visita diferentes tiendas y puntos de venta en algunos corregimientos y municipios de Caldas.
2. En desarrollo de su labor, el 26 de agosto de 2014, la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado se desplazaba en su motocicleta hacia el corregimiento de Arauca del Municipio de Palestina.
3. En la vía que conduce hacia la vereda La Plata – Sector Tres Puertas a Santágueda, en el kilómetro 7 aproximadamente, la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado perdió el control de su vehículo por el pésimo estado de la carretera sobre la que se desplazaba, sufriendo daños en su humanidad.

⁴ Páginas 8 a 13 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

4. El vehículo en que se transportaba tuvo que ser dejado en la estación de Policía de Tres Puertas.
5. El señor Ramiro Antonio Díaz Morales o Juan Manuel Dussan Lubert como se menciona en otro hecho, auxilió a la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado, trasladándola de urgencia al Hospital de Caldas, donde fue atendida por traumas en ambas manos y rodillas, así como múltiples facturas presentadas en su rostro que exigieron varias intervenciones quirúrgicas y que dejaron síntomas y secuelas.
6. El accidente sufrido le generó a la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado una incapacidad laboral de 15 días, que corrió entre el 26 de agosto al 15 de septiembre de 2014.
7. Pasados 15 días del hecho, el bache que ocasionó el accidente, continuaba intacto en la carretera.
8. Los padres de la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado (Luis Alberto Ocampo Arboleda y Alba Lucía Hurtado de Ocampo), así como su hermano (Jorge Alberto Ocampo Hurtado) y su hija (Stefanía Luna Ocampo), estuvieron acompañándola en el Hospital de Caldas durante el período que estuvo recibiendo tratamiento médico para recuperarse de las consecuencias del infausto suceso.
9. Los familiares de la víctima sufrieron daño moral al ver a ésta en las condiciones en las que estaba.
10. La gravedad de la lesión sufrida por la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado se ubica entre el 30% y 40% de discapacidad.
11. El Departamento de Caldas es la entidad encargada del cuidado y mantenimiento de la carretera en la que sucedió el accidente.
12. El comando de Policía de Carreteras de Caldas informó que en el sitio del hecho se han presentado 19 accidentes, generando 8 fallecimientos y lesiones a 11 personas.

Fundamentos de derecho

Como fundamentos de derecho la parte actora invocó el contenido de las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 1, 2, 53 y 90; Código

⁵ Páginas 13 a 15 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Sustantivo del Trabajo: artículo 21; Decreto 2063 de 1984; Decreto 3041 de 1966; Acuerdo 224 de 1966.

Sostuvo que el Departamento de Caldas incurrió en falla en el servicio, en la medida en que dejó de atender el mantenimiento de una vía pública a su cargo y no implementó medidas de seguridad en el transporte y tránsito en el sector, dejando a los transeúntes en condiciones de inseguridad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando dentro del término legal conferido para tal efecto y obrando debidamente representado, el Departamento de Caldas contestó la demanda⁶ de la manera que se indica a continuación.

Señaló que no hay prueba alguna aportada que brinde claridad en relación con el sitio exacto de los hechos y las condiciones en las que éste se encontraba para el momento de ocurrencia del accidente.

Adujo que la entidad sí efectuó el mantenimiento requerido en la vía, según consta en contratos suscritos para esos efectos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes excepciones: ***“CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (sic)”***, ya que el accidente ocurrió ante la falta de precaución de la víctima al conducir su motocicleta, que se ratifica con el historial de infracciones de tránsito que registra, que dan cuenta de que no es una persona cuidadosa y respetuosa de las normas de tránsito; ***“FALTA DE IDENTIDAD DEL SITIO DONDE OCURRIERON LOS SUPUESTOS HECHOS”***, en tanto en la demanda no se determina con claridad el sitio exacto donde ocurrió el accidente, si se tiene en cuenta que entre Tres Puertas y la vereda La Plata existen más de 10 kilómetros, y que entre Tres Puertas y Santágueda hay una extensión de 6 kilómetros, a lo que se suma el hecho que la vía Tres Puertas al río Chinchiná está en jurisdicción del Municipio de Manizales, mientras que la carretera del río Chinchiná a la vereda La Plata hace parte de la jurisdicción del Municipio de Palestina; ***“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS”***, en el sentido que las imputaciones jurídicas hechas no tienen relación con el actuar de la administración, pues el Departamento de Caldas adelantó acciones necesarias para el mantenimiento y sostenimiento de la vía Tres Puertas – Santágueda – Vereda La Plata; y ***“AUSENCIA DE FALLA EN EL SERVICIO POR PARTE DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS”***, por cuanto durante los años 2013 a 2015, la entidad accionada ejecutó varios contratos tendientes al mantenimiento de

⁶ Páginas 119 a 130 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

la vía Tres Puertas – Santágueda – Vereda La Plata, con el fin de mantenerla en perfecto estado y así brindar seguridad a conductores, pasajeros y peatones.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

El Departamento de Caldas llamó en garantía a Axa COLPATRIA Seguros S.A., con fundamento en la póliza de seguro de responsabilidad civil n° 1000164, con vigencia entre el 1° de enero de 2014 y el 1° de enero de 2015⁷.

Con auto del 30 de octubre de 2017⁸, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales admitió el llamamiento en garantía.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Actuando dentro del término conferido y obrando debidamente representada, Axa COLPATRIA Seguros S.A. contestó tanto la demanda como el llamamiento en garantía⁹, de la manera que se indica a continuación:

Se opuso a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que, de un lado, no está acreditada acción u omisión por parte del Departamento de Caldas que permita imputarle a éste responsabilidad por el daño padecido, y de otro, no existe certeza sobre las condiciones en las que se produjeron las lesiones sufridas por la demandante.

Propuso los siguientes medios exceptivos: ***“AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”***, ya que al no haber claridad respecto del lugar exacto en el que presuntamente ocurrió el accidente de tránsito descrito por la parte actora, resulta imposible determinar la vocación del Departamento de Caldas para ser sujeto pasivo de las pretensiones de la demanda; ***“INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE NUESTRO ASEGURADO”***, en la medida en que el Departamento de Caldas no desplegó ninguna conducta activa u omisiva que tuviera incidencia causal en la materialización de los perjuicios reclamados; ***“CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA”***, teniendo en cuenta que si la demandante hubiera acatado las normas de tránsito y hubiese conducido con la precaución y pericia necesarias para un vehículo tipo motocicleta, no se habría presentado el evento dañino; ***“CAUSA EXTRAÑA: HECHO DE UN TERCERO”***, dado que, al no existir claridad del

⁷ Páginas 291 y 292 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 1 y 2 del archivo n° 02 ibidem.

⁸ Páginas 11 a 14 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁹ Páginas 25 a 36 del archivo n° 02 del cuaderno 1 del expediente digital.

lugar exacto en el que ocurrió el evento descrito en la demanda, pueden confluir varias entidades territoriales, dependiendo de la jurisdicción del tramo en específico; ***“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR”***, pues no existe acreditado un daño cierto y directo y, por lo tanto, no existe obligación indemnizatoria a cargo del Departamento de Caldas; ***“INDEBIDA Y EXAGERADA TASACIÓN DE LOS PERJUICIOS ADUCIDOS”***, si se tiene en cuenta que no hay prueba que permita establecer la intensidad del daño invocado; y ***“DEDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PAGADA CON BASE EN EL SEGURO OBLIGATORIO”***, como quiera que los perjuicios por lesiones debieron ser pagados por el seguro obligatorio, de conformidad con el parágrafo del artículo 11 del Decreto 1032 de 1991.

En punto al llamamiento en garantía, la aseguradora formuló la excepción principal de ***“AUSENCIA DE COBERTURA – LIMITACIÓN DEL RIESGO ASUMIDO POR EL ASEGURADOR”***, con fundamento en que el contrato de seguro celebrado no tiene cobertura respecto de los perjuicios morales y del lucro cesante; y las subsidiarias de: ***“COASEGURO PACTADO”***, ya que el contrato se suscribió con Seguros del Estado S.A. y Aseguradora COLSEGUROS S.A., quienes asumieron el 30% cada una del riesgo asegurado, debiendo responder la llamada en garantía únicamente por el 40%; ***“LÍMITE DE VALOR ASEGURADO”***, equivalente a \$1.500'000.000 por evento/vigencia; ***“DEDUCIBLE PACTADO”***, que se pactó en 10% del valor del siniestro.

LA SENTENCIA APELADA

El 18 de septiembre de 2020, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia¹⁰, a través de la cual negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien se demostró la existencia de un daño concretado en las lesiones sufridas por la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado, éste no puede ser imputado al Departamento de Caldas, por lo siguiente.

Sostuvo que con las pruebas allegadas no se pudo determinar de manera concreta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos en los cuales resultó lesionada la accionante. Añadió que no se logró establecer el sitio exacto del accidente y a partir de allí los aspectos relativos al estado general y particular del tramo de la vía, la existencia o no de señales de tránsito, la ubicación de los huecos, y la presencia de obstáculos. Adicionalmente expuso que se desconoce si el vehículo conducido se encontraba en óptimas condiciones mecánicas, ambientales y de seguridad (frenos, dirección, luces, llantas y otros elementos).

¹⁰ Archivo nº 08 del cuaderno 1 del expediente digital.

Estimó entonces que no era posible acreditar un nexo causal entre el accidente de tránsito y alguna omisión de la entidad en su obligación de mantenimiento vial en el tramo donde se dice ocurrió el accidente, por lo que no podía endilgársele responsabilidad al Departamento de Caldas.

Finalmente condenó en costas acudiendo a un criterio objetivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo* y actuando dentro del término legal, la parte actora interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia¹¹, de la siguiente manera.

Manifestó que, tal como lo narra la misma afectada, al momento del accidente, ésta se dirigía hacia el corregimiento de Arauca e iba transitando por el kilómetro 7 de la vía que conduce del sector Tres Puertas hacia la vereda La Plata.

Precisó que la mención hecha en la demanda en relación con el sector de Santágueda, se hizo porque así es conocido y referenciado por la comunidad en general el lugar en el que ocurrió el hecho, y ello por cuanto no es conocido con exactitud la extensión de dicha vía, la cual linda con la vereda La Plata.

Señaló que no es confuso para la parte accionada el lugar de ocurrencia del accidente, por cuanto según indicó en la contestación de la demanda, ha efectuado mantenimiento requerido a la vía.

Reprochó que no se les diera valor probatorio a las fotografías aportadas con la demanda, pues si bien no contienen fecha ni hora de los hechos, sí evidencian el lugar exacto del accidente y las condiciones de aquél 15 días después.

Alegó que independientemente del punto en el que ocurrió el hecho y la trayectoria de la vía, es claro que la entidad territorial es la llamada a responder, pues le corresponde el mantenimiento de esa carretera.

Afirmó que el solo hecho que la entidad accionada aportara copia de las contrataciones para el mantenimiento de la vía, no implica que aquellas se hubieran ejecutado o que la carretera se encontrara en perfectas condiciones, pues como lo señaló el único testigo, estaba en deplorable estado y no tenía buena señalización.

¹¹ Archivo nº 10 del cuaderno 1 del expediente digital.

Consideró que en este caso es evidente que la omisión por parte del Departamento de Caldas en el mantenimiento y ejecución de obras para tapar huecos en la vía que conduce hacia la vereda La Plata – sector Tres Puertas a Santágueda, en el kilómetro 7 aproximadamente, donde se ocasionó el accidente, es el nexo causal que legitima el ejercicio del medio de control.

Solicitó entonces revocar la providencia recurrida y, en su lugar, acceder a las súplicas de la demanda y condenar en costas a la entidad accionada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante y Departamento de Caldas

Guardaron silencio.

Axa COLPATRIA Seguros S.A.¹²

Solicitó confirmar la providencia recurrida, en tanto no se evidencian elementos que permitan estructurar responsabilidad del Departamento de Caldas en los hechos narrados en la demanda.

Afirmó que en el evento de existir una conducta a reprochar, lo cierto es que la falta de pericia, diligencia y cuidado por parte de la demandante fue la única causa del lamentable accidente.

Manifestó que la parte actora no indicó con claridad el sitio del accidente y tampoco la manera en la que ocurrió el hecho, lo que impide establecer un nexo de causalidad.

Adujo que la misma accionante fue quien inobservó el estado de la vía y, pese a estar lloviendo, no tuvo la prudencia de manejar más lento y con cuidado.

Por lo demás, reiteró la ausencia de responsabilidad de la llamada en garantía, teniendo en cuenta las condiciones pactadas en la póliza de seguro.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

¹² Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 11 de febrero de 2021¹³, y allegado el 16 de marzo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹⁴.

Admisión y alegatos. Por auto del 16 de marzo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹⁵. Dentro del término otorgado, sólo Axa COLPATRIA Seguros S.A. alegó de conclusión¹⁶. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 5 de mayo de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁷, la que se dicta en seguida, atendiendo el orden de ingreso del respectivo proceso para tales efectos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquél fue formulado.

Problema jurídico

La cuestión que debe resolverse en el *sub examine* se centra en resolver las siguientes preguntas:

- *¿Las lesiones sufridas por la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado le son jurídicamente imputables al Departamento de Caldas?*
- *En caso de que se configure responsabilidad, ¿se encuentran acreditados los perjuicios alegados por los demandantes?*
- *¿Axa COLPATRIA Seguros S.A. está obligada a reembolsar el valor de una eventual condena?*

¹³ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁵ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁶ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁷ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

Para despejar los interrogantes planteados, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** elementos generales de responsabilidad del Estado; **ii)** régimen de responsabilidad aplicable; **iii)** hechos probados; y **iv)** acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad en el caso concreto.

1. Elementos generales de la responsabilidad

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, 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, norma que le sirve de fundamento al actual artículo 140 del CPACA que consagra el medio de control de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tiene el interesado de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

La responsabilidad del Estado puede surgir en virtud de diversos títulos de imputación tales como la falla del servicio, el daño especial, o la denominada teoría del riesgo, los cuales obedecen a diversas situaciones en las que el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Atendiendo el título de imputación aplicable en cada caso, se constatará la existencia de los siguientes elementos que estructuran la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones; aspectos éstos que conviene dilucidar a manera de exordio.

La jurisprudencia y la doctrina, a partir de las sucesivas reformas constitucionales y legales que se han dado en Colombia, han señalado que para deducir la responsabilidad de la administración pública por sus hechos u omisiones, deben reunirse tres condiciones:

Como primer elemento de la responsabilidad pública, el *daño o perjuicio* por el cual se reclama la indemnización debe tener la característica de ser resarcible, indemnizable, teniendo en cuenta que no todos lo son; algunos perjuicios no son resarcibles por parte de quien los ocasiona, como sucede cuando la persona que los padece está obligada a asumir las consecuencias en virtud del mandato legal o constitucional, impuesto en función del interés general, cuando éste prima sobre el interés individual.

El *hecho de la administración* se concreta en una actuación u omisión de los

agentes del Estado, cuando obran u omiten obrar en ejercicio de sus funciones públicas, es decir, en representación de la administración, salvo cuando se configura lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como la *falta personal del agente*, caso en el cual, responde el empleado total o parcialmente por los perjuicios derivados del hecho.

Finalmente entre la acción u omisión y el perjuicio debe mediar una *relación de causalidad*, lo cual impone al actor el deber de demostrar que el perjuicio provino exactamente de las actuaciones u omisiones de la administración, con un nexo de causa a efecto, el que se rompe, como también lo ha dicho la jurisprudencia, cuando se prueba una causa extraña a la administración en la producción del daño, como la culpa de la propia víctima, el hecho de un tercero o una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito.

Por regla general, corresponde a la parte demandante la comprobación plena de los hechos de su demanda, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso (CGP)¹⁸, es decir, de los tres elementos que permiten deducir la responsabilidad.

2. Régimen de responsabilidad aplicable en los eventos de daños derivados de la ausencia o deficiencia en el mantenimiento y señalización de una vía pública

Para definir el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es necesario remitirse al texto mismo de la demanda y a la manera en la cual se estructuraron las imputaciones relacionadas con la responsabilidad extracontractual de la Administración; ello no obstante la aplicación del aforismo jurídico “*venite ad factum, iura novit curia*” (dame los hechos, el Juez dará el Derecho), que significa que en materia de acciones de reparación directa se permite al Juez de la causa acudir al régimen de responsabilidad que más se ajuste a los hechos que dan origen al proceso, sin que se esté limitado a lo expuesto por el actor o los sujetos procesales¹⁹.

Las imputaciones jurídicas de la demanda realizadas contra la parte accionada aluden a la supuesta omisión en la que incurrió el Departamento de Caldas en relación con el mantenimiento de la vía que conduce a la vereda La Plata, en el sector Tres Puertas – Santágueda, lo cual provocó que la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado sufriera un accidente mientras conducía su motocicleta, que le produjo varias lesiones físicas.

¹⁸ En adelante, CGP.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia del 14 de agosto de 2008. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01(16413).

Conforme a las condiciones descritas en la *causa petendi*, considera este Tribunal que el asunto debe definirse con fundamento en el régimen de responsabilidad por falla en el servicio, criterio de imputación que procede frente a supuestos en los cuales se analiza la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada²⁰.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que el fundamento de imputación aplicable en los eventos de daños causados a particulares como consecuencia de la desatención, omisión o inactividad de las autoridades públicas encargadas de la conservación, mantenimiento y señalización de las vías, es el de la falla del servicio²¹.

De igual forma, la misma Alta Corporación ha sostenido que para establecer la imputabilidad al Estado en los casos señalados, se requiere demostrar, además del daño, la falla en el servicio consistente en el desconocimiento de los deberes de la administración de vigilar la realización de las obras públicas, controlar el tránsito en calles y carreteras y prevenir los riesgos que dichas actividades generan²².

3. Hechos acreditados

En aras de establecer si los elementos del régimen de responsabilidad aplicable en este asunto se encuentran configurados, 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.

Previo a ello, el Tribunal considera necesario precisar que las fotografías allegadas con la demanda²³, y con las cuales pretende acreditarse no sólo el estado de la vía en la que se presentó el hecho que dio origen a este proceso, sino además las condiciones en las que quedó la afectada, carecen de mérito probatorio, como quiera que sólo dan cuenta del registro de unas imágenes sobre las cuales no es posible determinar o acreditar su origen o autor, la

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicado número: 41001-23-31-000-1993-07585-01(30114).

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 3 de noviembre de 2016. Radicación número: 76001-23-31-000-1999-00524-01(29334).

²² Ibidem.

²³ Páginas 59 a 62 del archivo 01 del expediente digital.

persona que allí figura, el lugar exacto, ni el momento en que fueron tomadas, máxime cuando se aseguró en el libelo que la fecha de captura de las mismas fue posterior al accidente; no existiendo entonces certeza sobre la veracidad de lo que pretende probarse a través de ellas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso²⁴.

En efecto, en relación con el valor probatorio de las fotografías, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado lo siguiente²⁵:

(...) “dentro del género de los documentos las fotografías corresponden a la especie de los representativos, puesto que “... no contiene ninguna declaración, sino que se limita a fijar una escena de la vida en particular, en un momento determinado, es decir, a representarla.”²⁶ Con la intención de definir el valor probatorio de las fotografías que se relacionarán a continuación, la Sala advierte que de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil los documentos que han de apreciarse como pruebas deben ser auténticos, “es decir debe haber certeza respecto de la persona que lo ha elaborado y de que el hecho plasmado en el documento, en este caso en las fotografías, corresponda a la realidad, puesto que, al igual que en cualquier otro documento, hay riesgo de alteración”²⁷.

(...)

En relación con las fotografías, además de que resulta imposible establecer su autenticidad, lo cierto es que bajo ningún supuesto pueden ser valoradas dado que sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las que no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas o documentadas²⁸.

a) Accidente de tránsito

De conformidad con la copia de la historia clínica de la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado²⁹, se extrae que el 26 de agosto de 2014 a las 6:26 p.m., aquella ingresó al Hospital de Caldas a través del SOAT, informando que:

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 14 de marzo de 2012. Radicado: 17001-23-31-000-1999-00338-01(21848).

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 25 de abril de 2012. Radicación número: 68001-23-15-000-1997-00807-01(22377).

²⁶ Cita de cita: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 14 de abril de 2010. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. A.P. Exp. 1472.

²⁷ Cita de cita: Ibídem.

²⁸ Cita de cita: Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 3 de febrero de 2010. C.P. Enrique Gil Botero. Exp. 18034.

²⁹ Páginas 30 a 50 del archivo 01 del expediente digital.

“(...) APROX A LAS 17 Y 16 HORAS EN EL SECTOR DE SANTAGUEDA A TRES PUERTAS, SUFRIO (sic) ACCIDENTE (sic) DE TRÁNSITO (sic) EN CALIDAD DE CONDUCTORA DE MOTOCICLETA. VEHICULO (sic) MOTOCICLETA PLACAS HMU46. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL ACCIDENTE: ESTABA LLOVIENDO Y CAYO (sic) A UN HUECO DE (sic) LA VIA (sic), CAYENDOE (sic) SNTONCES (sic) DEL VEHICULO (sic) Y RECIBIENDO TRAUMA A NIVEL FACIAL, AMBAS MANOS Y AMBAS RODILLAS. LLEVABA CASCO PROTECTOR. NO PERDIDA (sic) D (sic) ECONCIENCIA (sic)”³⁰.

La médico que atendió a la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado certificó que conforme a los hallazgos clínicos se deducía que la causa de los daños y lesiones sufridas por aquella había sido un accidente de tránsito ocurrido el 26 de agosto de 2014 a las 5:15 p.m., en el sector de Santágueda a Tres Puertas³¹.

En relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el referido accidente de tránsito, se cuenta únicamente con el testimonio del señor Juan Manuel Dussant Lubert³², del cual se extrae lo siguiente:

- Estuvo en el lugar el día de los hechos y fue quien presenció y recogió a la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado cuando se cayó de la moto.
- El hecho ocurrió en agosto de 2014.
- Con ocasión de su trabajo como director de un centro educativo, el testigo viajó a Anserma el día anterior a los hechos a dictar una capacitación a los rectores del occidente de Caldas. Tomó la ruta normal de Manizales a Anserma, ya que ésta es más corta que si se hace por Pereira, lo que significa que transitó por Tres Puertas hacia Arauca y luego Anserma. No transitaba con frecuencia por dicha carretera.
- Cuando iba de Tres Puertas hacia Cafam, lo hizo con mucha precaución porque la vía tenía muchos huecos y el vehículo en el que se desplazaba era muy sensible y se dañaba la dirección con facilidad.
- Luego de dictar la capacitación, inició el regreso de Anserma hacia Manizales.
- Cuando subía de Cafam, estaba lloviznando levemente y los huecos que había visto el día anterior estaban cubiertos de agua, porque había llovido pertinazmente durante toda la mañana, al menos para el sector en el que él se encontraba.
- A su regreso hacia Manizales transitaba detrás de una moto que también se dirigía hacia esta capital, esto es, ambos iban de Arauca a Manizales,

³⁰ Página 30 del archivo 01 del expediente digital.

³¹ Página 30 del archivo 01 del expediente digital.

³² Minuto 5:39 a 35:02 del archivo nº 07 del cuaderno 1 del expediente digital.

subiendo hacia Tres Puertas vía a Manizales.

- El testigo no iba a mucha velocidad, no superaba los 30 o 40 kilómetros por hora, ya que el día anterior había visto que la vía estaba en mal estado por los huecos y además estaba lloviendo y eran más o menos las 4 o 5 de la tarde.
- Tanto el declarante como la conductora de la motocicleta iban a una velocidad constante, y el testigo continuó detrás de dicho vehículo, ya que no se atrevió a pasarse por los huecos que había.
- La conductora de la motocicleta iba sola, a metro y medio de la berma, por el carril correspondiente, y portaba casco
- Yendo a 20 o 30 metros de distancia de la motocicleta, la llanta de ésta se metió en un hueco que medía entre 80 o 90 cm de ancho, 60 cm de largo, y 20 a 25 cm de profundidad, dio un vuelco, y quien iba en el vehículo salió volando y fue a parar en otro hueco, golpeándose contra el pavimento.
- La vía tiene curvas en la parte alta y baja, pero la motociclista sufrió el accidente en una de las dos semirrectas que tiene la carretera.
- El testigo detuvo su vehículo, lo estacionó a un lado de la vía y fue a ver qué le había pasado a la conductora de la moto.
- Como la moto quedó encendida, el testigo la apagó, advirtiéndole que era más o menos moderna, y parecía estar en buenas condiciones.
- No tocó a la lesionada, ya que en los cursos de primeros auxilios explican que debe hacerse ninguna maniobra.
- Por la vía iba bajando una ambulancia del Municipio de Arauca, la cual se detuvo y quienes iban en ella incorporaron a la lesionada y le indicaron que lo único que podían hacer era llevarla a Arauca, por lo que aquella le solicitó al testigo que mejor la llevara a Manizales.
- El testigo le preguntó a la demandante si se encontraba en condiciones de manejar la motocicleta hasta el CAI de Tres Puertas que en su momento existía, para dejar allí el vehículo y llevarla a Manizales.
- La afectada llamó al jefe inmediato, a su novio o esposo, y a su familia.
- Dejaron la moto en el CAI, para que luego fuera alguien a recogerla.
- La lesionada se subió a la camioneta del testigo todavía portando su casco. Los dedos de las manos se le empezaron a hinchar. Tenía varias laceraciones en las manos.
- Rumbo a la clínica, se le empezó a hinchar la cara.
- Hablaron durante el trayecto para evitar que la lesionada se durmiera después del trauma sufrido.
- La demandante le comentó al testigo que distribuía productos de una empresa de pollos, razón por la cual se encontraba por Arauca realizando la ruta. La anterior situación le permite al testigo deducir que la actora frecuentaba esa vía.
- El declarante dejó a la accionante en la entrada de urgencias del Hospital

de Caldas, en compañía de la familia de ésta, a quien le entregó las pertenencias.

b) Lesiones causadas por el accidente de tránsito

Según consta en la copia de la historia clínica de la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado³³, como consecuencia del citado accidente de tránsito, aquella sufrió fractura del suelo de la órbita, fractura blow in de órbita derecha pared lateral e inferior, y fractura malar y maxilar; todo lo cual exigió la realización de procedimiento quirúrgico, efectuado el 29 de agosto de 2014³⁴.

Se encuentra acreditado igualmente que con ocasión del accidente, la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado requirió valoración prioritaria por la especialidad de oftalmología³⁵, debido a la contusión del globo ocular y del tejido orbitario. La consulta por oftalmología se llevó a cabo el 12 de septiembre de 2014, en la que se diagnosticó con otros trastornos del cuerpo vítreo³⁶.

La señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado permaneció incapacitada hasta el 14 de septiembre de 2014³⁷.

c) Identificación de la vía y características de la misma

Determinar con exactitud las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaecieron los hechos que se imputan a la entidad demandada exige establecer primeramente y con certeza la vía sobre la cual ocurrió el accidente que dio origen a esta demanda.

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal considera que se encuentra demostrado que la vía en la que sucedieron los hechos por los cuales se demanda al Departamento de Caldas, corresponde a la que conduce a la vereda La Plata, sector Tres Puertas – Santágueda.

Además de la supuesta existencia del hueco en el que se cayó la demandante, la parte actora no allegó prueba alguna que permita establecer las características de la vía, esto es, si era recta, curva, pendiente, si era una o doble calzadas, si tenía buena iluminación artificial y señalización, entre otros.

³³ Páginas 30 a 50 del archivo 01 del expediente digital.

³⁴ Página 33 del archivo 01 del expediente digital.

³⁵ Páginas 34 a 38 del archivo 01 del expediente digital.

³⁶ Páginas 49 del archivo 01 del expediente digital.

³⁷ Páginas 46 y 48 del archivo 01 del expediente digital.

d) Mantenimiento en la vía que conduce a la vereda La Plata, sector Tres Puertas – Santágueda

Conforme al Oficio nº D.S. 0189 del 11 de marzo de 2016³⁸, expedido por la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Caldas, con ocasión de petición elevada por la parte actora, se extrae que dicha entidad territorial es la encargada de realizar el mantenimiento, sostenimiento y señalización de la red vial del departamento, en la que está incluido el sector Tres Puertas y Santágueda; y que en conjunto con INFICALDAS, les corresponde el mantenimiento de la vía que conduce a la vereda La Plata, sector Tres Puertas – Santágueda.

Teniendo en cuenta dicha obligación, en el citado oficio se informó que entre los años 2013 a 2015, el Departamento de Caldas ha realizado reparación y/o mantenimiento a dichas vías.

Con la contestación de la demanda, el Departamento de Caldas allegó los siguientes documentos que ratifican que ha tomado acciones tendientes al mantenimiento de la red vial de la que es propietario, específicamente en la que respecta a Tres Puertas, Arauca, vereda La Plata y Santágueda:

- Convenio solidario de obra celebrado entre el Departamento de Caldas y la Junta de Acción Comunal de la vereda Alto Lisboa³⁹, con el objeto de ejecutar obras de mantenimiento rutinario e instalación de guardianes de las carreteras en las vías: Manizales – Quiebra de Vélez – La Cabaña – Tres Puertas entre los kilómetros 0+000 a 22+370, Quiebra de Vélez – Alto Lisboa – Magallanes – La Estrella, Quiebra de Vélez – Lisboa entre los kilómetros 0+000 a 11+390, Las Margaritas – Arauca – La Rochela – Tres Puertas, y La Portada – Tres Puertas entre los kilómetros 10+000 y 14+630.
- Contrato para la reconstrucción, ampliación, pavimentación y/o repavimentación en el tramo vial La Rochela – La Parroquia, incluido en el programa de pavimentación de la Gobernación de Caldas⁴⁰, específicamente en los kilómetros 13+650 a 15+100, 8+400 a 8+550, 11+330 a 11+00, 12+420 a 12+627, 12+770 a 12+850 y 11+900.
- Convenio de adhesión del Departamento de Caldas al convenio de cooperación y asistencia técnica nº 165 de 2011, celebrado entre el DPS y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia⁴¹, con el fin de atender la red vial a cargo del departamento en diferentes tramos de los 27 municipios.

³⁸ Páginas 74 a 76 del archivo 01 del expediente digital.

³⁹ Páginas 131 a 141 del archivo 01 del expediente digital.

⁴⁰ Páginas 142 a 180 del archivo 01 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 181 a 229 del archivo 01 del expediente digital.

- Contrato para la reconstrucción, ampliación, pavimentación y/o repavimentación en el tramo vial doble calzada Las Margaritas – Arauca – La Rochela – Tres Puertas, incluido en el programa de pavimentación de la Gobernación de Caldas⁴², específicamente en los kilómetros 5+600 a 6+300 carril derecho, y 6+050 a 6+800 carril izquierdo.
- e) Reportes de accidentalidad en la vía que conduce a la vereda La Plata, sector Tres Puertas – Santágueda

De conformidad con el Oficio n° D.S. 0189 del 11 de marzo de 2016⁴³, durante los años 2013 a 2015 la Secretaría de Infraestructura del Departamento de Caldas no recibió reportes de accidentes de tránsito ocurridos en la vía que conduce a la vereda La Plata, sector Tres Puertas – Santágueda.

Con Oficio n° S-2016-063 SETRA SOAPO 29 del 26 de marzo de 2016⁴⁴, el jefe de la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional Seccional Caldas relacionó los accidentes reportados entre los años 2014 a 2016, en la vía que conduce a la vereda La Plata, sector Tres Puertas – Santágueda, ocurridos en diversos tramos y sin que se precise la causa de los mismos.

- f) Historial de contravenciones de la demandante

Obra en el expediente información cargada en el SIMIT en relación con licencias, multas e infracciones de la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado⁴⁵, así como historial de contravenciones a nombre de la misma demandante, expedido por el RUNT⁴⁶.

4. Acreditación de los elementos del régimen de responsabilidad por falla en el servicio en el caso concreto

Los presupuestos que permiten endilgar responsabilidad bajo el título de imputación por falla en el servicio se concretan en el daño antijurídico sufrido por el interesado, la conducta anormal de la Administración, y finalmente, una relación de causalidad entre esta última y aquél, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio; aspectos cuya configuración en el *sub examine* se analizan a continuación.

4.1 El daño

⁴² Páginas 230 a 286 del archivo 01 del expediente digital.

⁴³ Páginas 74 a 76 del archivo 01 del expediente digital.

⁴⁴ Página 93 del archivo 01 del expediente digital.

⁴⁵ Páginas 287 y 288 del archivo 01 del expediente digital.

⁴⁶ Página 289 del archivo 01 del expediente digital y página 3 del archivo 03 ibidem.

En relación con la noción de daño, como primer requisito del proceso de determinación de la responsabilidad que le pueda caber a la entidad enjuiciada, 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 indemnizable⁴⁷.

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”* ⁴⁸.

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 antijurídico⁴⁹.

La antijuridicidad del daño representa, entonces, la ausencia del deber jurídico de soportarlo por parte de quien lo sufre. Ahora, el daño antijurídico,

⁴⁷ Antaño la Corte Suprema de Justicia afirmó que *“(...) el daño, considerado en sí mismo, es la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio, al tiempo que el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”*. Sala de Negocios Generales, 13 de diciembre de 1943, M.P. Dr. Cardozo Gaitán.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ 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).

a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente 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, según lo expuesto en la demanda y de conformidad con el material probatorio aportado al proceso, el daño alegado por la parte actora se concreta en las lamentables lesiones sufridas por la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado el 26 de agosto de 2014, alrededor de las 5:15 p.m., al caer de la motocicleta en la que se movilizaba.

Habiéndose constatado la existencia del daño invocado, pasa la Sala a abordar el análisis de la imputación a la parte demandada, en aras de establecer si aquél es atribuible o no a ésta.

4.2 La imputación

Se recuerda que, como se indicó al momento de señalar el título de imputación con el cual se debe analizar la responsabilidad de la parte demandada en este asunto, los accionantes aducen que el Departamento de Caldas incurrió en falla en el servicio por cuanto incumplió su deber legal de realizar mantenimiento a la vía en la que ocurrió el accidente, y no implementó medidas de seguridad (señalización) para que el tránsito por el sector fuera seguro para los conductores.

Antes de pasar a establecer si existe un contenido obligacional a cargo de la entidad accionada en materia de mantenimiento y señalización vial, así como de determinar si por la omisión de ese deber se configuró en el caso concreto la falla en el servicio invocada, este Tribunal advierte que aunque podría afirmarse que la vía en la que se lesionó la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado se encuentra identificada, lo cierto es que, de un lado, no está plenamente demostrado el sitio específico o tramo de dicha carretera en la que ocurrió el hecho que se imputa al Departamento de Caldas, lo que impide conocer las características que tenía la misma, y de otro, tampoco están acreditadas las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se produjo el accidente. Se explica.

En la demanda y en el recurso de apelación se afirmó tajantemente que la

señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado se desplazaba en su motocicleta **hacia o con destino** al corregimiento de Arauca del Municipio de Palestina, y que se accidentó aproximadamente en el kilómetro 7 de la vía que conduce a la vereda La Plata, en el sector comprendido entre Tres Puertas – Santágueda.

Para probar dicha circunstancia, la parte actora solicitó la declaración del señor Juan Manuel Dussant Lubert, quien supuestamente fue la persona que presenció el accidente y socorrió a la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado.

Tal como se indicó en el acápite de hechos probados, el señor Juan Manuel Dussant Lubert manifestó que el día del accidente la accionante se dirigía, como él, a la ciudad de Manizales, con dirección a Tres Puertas, habiendo pasado ya por Cafam, y que el evento dañino se produjo en una de las semirrectas que tiene la vía, sin dar más indicaciones al respecto.

Contrario a lo manifestado por la Juez de primera instancia, para esta Sala de Decisión sí es relevante la contradicción que se observa entre lo expuesto en la demanda y lo expresado por el único testigo de los hechos, ya que al no haber concordancia con la teoría del caso de la parte actora, las afirmaciones hechas en el libelo en relación con la vía y lugar exacto del accidente, quedan sin sustento probatorio alguno.

Independientemente de ello, y si en gracia de discusión se aceptara que la realidad probatoria demostró, contrario a lo afirmado en la demanda, que la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado se dirigía a Manizales y no al corregimiento de Arauca, el Tribunal encuentra que existe indeterminación del sitio específico o tramo de la vía en la que ocurrió el hecho que dio origen a esta demanda, sobre cuyas características específicas tampoco se tiene conocimiento, haciendo imposible determinar si efectivamente la carretera se encontraba en mal estado.

No basta con afirmar que el hecho se produjo en el kilómetro 7 de la vía que conduce a la vereda La Plata, en el sector Tres Puertas – Santágueda, pues no sólo dicha manifestación no guarda relación con la distancia en kilómetros que hay desde Cafam hasta Tres Puertas (6 kilómetros aproximadamente según lo indicó el Departamento de Caldas en su contestación y que se corrobora a través de Google Maps⁵⁰), sino que, dependiendo de la dirección en la que iba la motociclista, el punto de referencia variará.

50

<https://www.google.com/maps/dir/Centro+Recreacional+La+Rochela+de+Confa,+Palestina,+Caldas/TRES+PUERTAS,+Pereira,+Risaralda/@5.083483,-75.676173,15.5z/data=!4m13!4m12!1m5!1m1!1s0x8e4777bfc1289b0d:0x67d41afabffe1843!2m2!1d-75.6819934!2d5.0815964!1m5!1m1!1s0x8e387dab2023274b:0xb75975e0e655612a!2m2!1d-75.75805!2d4.7872899?hl=es&entry=ttu>

Adicional a lo anterior, de las pruebas recaudadas no se puede determinar con certeza la dinámica misma del accidente, esto es, si éste se debió únicamente a la presencia del presunto hueco en la vía que la hizo perder el equilibrio con las consecuencias ya conocidas, o si incidió otro obstáculo o las mismas condiciones de la motocicleta, e incluso si tuvo injerencia alguna falta de prudencia o de cuidado por parte de la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado.

En ese sentido, tampoco hay manera de establecer un nexo de causalidad entre las lesiones sufridas por la señora Adriana Lucía Ocampo Hurtado y una presunta falla en el servicio por parte del Departamento de Caldas.

Conclusión

De conformidad con lo expuesto, esta Sala de Decisión considera que la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada, habida cuenta que no se acreditaron la totalidad de elementos requeridos para endilgar responsabilidad extracontractual al Departamento de Caldas por los hechos expuestos en la demanda.

Costas

De conformidad con lo dispuesto en 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 advierte que las mismas se hubieren causado.

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 dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de reparación directa promovido por los señores Adriana Lucía Ocampo Hurtado y otros contra el Departamento de Caldas, y en el cual fue llamada en garantía Axa COLPATRIA Seguros S.A.

Segundo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

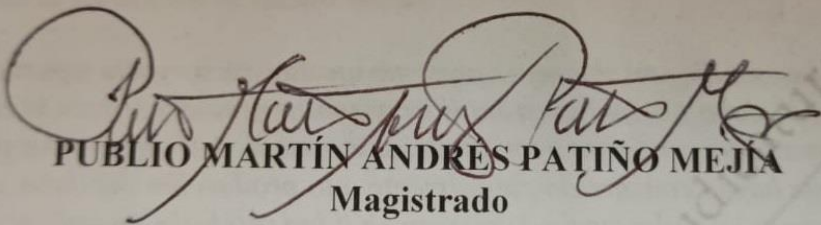
Tercero. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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. 135

FECHA: 08/08/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, tres (03) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO No.	17001-33-39-008-2016-00112-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LUÍS ALBEIRO CARDONA GIRALDO
ACCIONADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Encontrándose el proceso de la referencia a despacho para sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA, la Sala Primera de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, considera necesario decretar de oficio la práctica de la siguiente prueba de carácter documental.

Por la Secretaría de esta corporación **OFÍCIESE** al **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO** para que en un término no mayor a cinco (5) días, siguientes al recibo de la correspondiente comunicación, aporte lo siguiente:

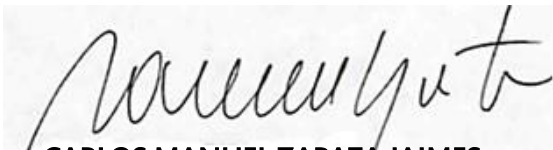
1. Copia de la demanda presentada por el señor Luis Albeiro Cardona Giraldo contra Cajanal en liquidación dentro del proceso identificado con radicado nro. 17001-33-33-001-2010-01415-00.
2. Copia de la sentencia emitida el 16-04-2010, dentro del proceso identificado con radicado nro. 17001-33-33-001-2010-01415-00. Donde funge como demandante el señor Luis Albeiro Cardona Giraldo
3. Copia de la sentencia proferida en sede de segunda instancia dentro del proceso antes mencionado.

Aportada la prueba en mención, por la Secretaría de la Corporación **CÓRRASE** traslado de la misma a las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 110 del Código General del Proceso.

Surtido lo anterior, **REGRESE** inmediatamente el expediente al despacho del Magistrado ponente para proyectar la decisión que corresponda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión realizada el 03 de agosto de 2023, conforme acta nro. 044 de la misma fecha.



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado Ponente



FERNANDO ALBERTO ÁLVAREZ BELTRÁN
Magistrado



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS ESTADO ELECTRÓNICO Notificación por Estado Electrónico nro. 135 del 08 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
Magistrado Ponente: *Publio Martin Andrés Patiño Mejía*

Manizales, cuatro (04) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Auto I:158

REFERENCIA:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del Derecho- Lesividad
Radicación No. : 17-001-23-33-2016-000805-00
Demandante(s) : Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales - UGPP
Demandado(s) : Ancizar Ramírez Toro

Asunto

Procede el Despacho a resolver el recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra del auto que decidió no reponer la providencia por medio de la cual se niega la medida cautelar de suspensión provisional.

CONSIDERACIONES

El accionante allegó memorial visible a folio(s) 32, en el cual solicita “*RECURSO DE APELACIÓN, contra el Auto interlocutorio 80 del (22) de abril de dos mil veintidós (2022), notificado por correo electrónico...*”.

El Despacho en aras de establecer la procedencia excepcional de recurso contra auto que resuelve reposición, cita lo previsto en el art. 348 del Código de Procedimiento Civil, que reza:

(...)

Artículo 318. Procedencia y oportunidades. *Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reformen o revoquen.*

El recurso de reposición no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. Cuando el auto se pronuncie

fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto.

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

Parágrafo. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

Tal y como se advierte de la lectura de la norma previamente transcrita, se puede aseverar que contra dicho auto no procede recurso alguno por regla general, excepto cuando se resuelvan puntos no decididos en el primero.

En el presente asunto, se pretende atacar el auto mediante el cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el auto que niega la medida cautelar; una vez analizado los fundamentos del recurso sub examine, resulta improcedente, puesto que no versa sobre puntos que no hayan sido resueltos en el auto del 22 de abril de dos mil veintidós (2022).

Por lo anterior, no se procederá a abordar el estudio del mismo, y en su lugar se rechaza el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 22 de abril de 2022, por improcedente.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 22 de abril de 2022, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por secretaría continúese el trámite que corresponda.

Notifíquese y Cúmplase



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

17001233300020220015200

Nulidad y restablecimiento del derecho

José Luis Rojas Rodríguez y Otro Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

*Avoca conocimiento y
Declara falta de competencia
Auto interlocutorio n° 341*

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala de Conjuces-

Manizales, cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022)

1. ASUNTO

El pasado 15 de marzo de 2023 se celebró sorteo de conjuces 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 hacer control de legalidad respecto del medio de control **NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandantes **JOSE LUIS ROJAS RODRIGUEZ y STHWFANIA TORO RENDON** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** y con radicado n° **17001233300020220015200**.

2. PRETENSION PRINCIPAL

Pretenden los demandantes el reconocimiento de la “bonificación judicial” creada por el Decreto 383 de 2023, como factor salarial frente a todas las prestaciones sociales a que tienen derecho, desde el 1 de enero de 2023 y hasta que se termine su vinculación laboral en la Rama Judicial, siempre que los cargos ocupados sean considerados como beneficiarios de esta bonificación.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

Agotada la reclamación administrativa e intentada la conciliación prejudicial antes el Ministerio Publico, la demanda fue radicada en la oficina judicial el 1 de julio de 2022 *-001ActaDeReparto-*, el 22 de julio de 2022 la Sala Plena de esta Corporación se declaró impedida para conocer este proceso *-004Impedimento-*, se envió el expediente digital al Consejo de Estado para decidir el impedimento *-006EnvioExpedienteConsejoEstado-*, el 22 de septiembre de 2022, el Superior aceptó el impedimento y ordenó su conocimiento a la Sala de Conjuces *-007AutoResuelveImpedimnto-*,

devuelto el expediente nuevamente a este Tribunal, se fijó fecha para celebrar sorteo de Conjueces -008AutoFijaFechaSorteoConjuez- el cual se realizó el 15 de marzo de 2023 -007AutoResuelveImpedimnto-, el 10 de abril de 2023 paso a Despacho de este Conjuez para avocar su conocimiento y decidir.

4. LA DEMANDA

La demanda busca la nulidad de los siguientes actos administrativos:

Nombre	Acto administrativo por medio del cual se respondió una petición	Acto administrativo por medio del cual se resolvió un recurso de apelación
José Luis Rojas Rodriguez	Resolución DESAJMAR19-1567 de 14 de noviembre de 2019	Resolución RH-5856 de 23 de noviembre de 2021
Stefanía Toro Rendon	Resolución DESAJMAR19-1561de 14 de noviembre de 2019	Resolución RH-5856 de 23 de noviembre de 2021

Además; consideran reclamar los periodos reclamados en las siguientes cuantías:

Nombre	Cuantía de la demanda
José Luis Rojas Rodriguez	\$52`746.806.oo
Sthefania Toro Rendon	\$77`523.933.oo
Total	\$130`270.739.oo

5. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia del Tribunal.

En resumen, la demanda fue instaurada el **21 de julio de 2022** contra la **DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL DE LA RAMA JUDICIAL**, seccional Manizales y pretenden los demandantes el reconocimiento de la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial sobre todas las prestaciones sociales a que tienen derecho y por el periodo comprendido después del 1 de enero de 2013 y en adelante hasta que deje de ser empleados públicos de la Rama Judicial. A efectos de conseguir la declaración anterior solicitan la nulidad de los actos administrativos que constituyen la reclamación administrativa. La cuantía estimada en la demanda es de **SETENTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS VEINTITRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL PESOS (\$77`523.933.oo)** para José Luis Rojas Rodriguez y de

CINCUENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$52'746.806.00) para Sthefanía Toro Rendon.

Ahora bien, encuentra este Conjuetz que no es competente para conocer este medio de control, a la luz de lo dispuesto en el *artículo 27* de la Ley 2080 de 2021 que modificó -entre otros- el *numeral 2 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011*, en concordancia con el inciso 1° del artículo 86 de la Ley 2080 de 2021 -*régimen de transición*-;

“Artículo 152. -Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

1.,

2., De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. 4., 5., 6., 7., 8.,9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16.” (Subrayas propias del Despacho)

“ARTÍCULO 86. Régimen de vigencia y transición normativa. La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley.

(...). (subrayas propias del Despacho)

Aunado a lo anterior, la ley 2080 de 2021 fue publicada en el Diario Oficial n° 51568 de 25 de enero de 2021, lo que significa que las modificaciones a las competencias, rigen contado un año, es decir; a partir del 25 de enero de 2022.

Así las cosas, la demanda fue instaurada ante esta jurisdicción el 21 de julio de 2022 y además, la demanda fijó una cuantía de **CIENTO TREINTA MILLONES DOSCIENTOS SETENTA MIL SETESIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL PESOS (\$130'270.739.00)**, por otro lado, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021 fue de \$1'040.980.00 y para que sea competencia de esta Corporación, la cuantía debe superar los 500 s.m.l.m.v., es decir la suma de **QUINIENTOS VEINTE MILLONES CUTROCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$520'490.000.00)**, lo que a

todas luces no se cumple en esta demanda, ni sumando las cuantías que por separado persigue cada uno de los demandantes.

Finalmente, conforme lo dispone el n° 2 del artículo 155 ibidem, indica que la competencia para conocer este proceso, por el factor de la cuantía, en primera instancia es del Juez Administrativo;

“Artículo 155. -Competencia de los juzgados administrativos en primera instancia. Los juzgados administrativos conocen en primera instancia de los siguientes asuntos:

1.,

2., De los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3. 4., 5., 6., 7., 8.,9., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16.” (Subrayas propias del Despacho)

En consecuencia, se **DECLARA LA FALTA DE COMPETENCIA** por el **FACTOR CUANTIA** para conocer este proceso por ser exclusiva de los juzgados administrativos. De igual manera y en atención a que el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PCSJA23-12034 de 17 de enero de 2023, creó -entre otros- el Juzgado Transitorio Administrativo para Manizales y cuyo conocimiento es exclusivo de temas, cuya competencia es de los Conjuces, por tanto, dado que el Consejo de Estado, ha definido la competencia de este proceso y ordenó su conocimiento a la Sala de Conjuces, de lógica se deduce que es el Juez Transitorio Administrativo de Manizales, el Juez competente para conocer y tramitar este proceso en primera instancia, con miras a evitar un desgaste mayor de la justicia, que afecta el principio de economía procesal y evita un destino previsible, el cual no es otro que la declaración de impedimento de los Jueces Administrativos para conocer este proceso por ser beneficiarios de la bonificación judicial que la demanda pretende y el traslado de este Tribunal al conocimiento de un Conjuez, después de aceptar el inevitable impedimento que declare el inferior.

Conforme lo anterior, se ordena a la Oficina Judicial que este proceso sea repartido al Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, para que conozca y resuelva la primera instancia.

17001233300020220015200

Nulidad y restablecimiento del derecho

José Luis Rojas Rodriguez y Otro Vrs Nación-DEAJ-Rama Judicial

Avoca conocimiento y
Declara falta de competencia
Auto interlocutorio n° 341

6. RESUELVE

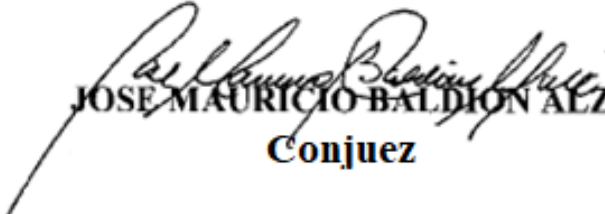
PRIMERO: DECLARAR la **FALTA DE COMPETENCIA** para conocer este medio de control de **NULIDAD y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, demandantes **JOSE LUIS ROJAS RODRIGUEZ y STHEFANIA TORO RENDON** contra la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** y con radicado n° **17001233300020220015200**, por el **FACTOR CUANTIA**.

SEGUNDO: EJECUTORIADO este auto, **ENVIAR** este medio de control a la **OFICINA JUDICIAL** para que lo reparta al **JUZGADO ADMINISTRATIVO TRANSITORIO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**.

TERCERO: Háganse las anotaciones en el sistema Siglo XXI.

CUARTO: Contra esta decisión solo procede el recurso de reposición a la luz del artículo 243 del CPACA.

Notifíquese 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. 342

Asunto:	Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-007-2018-00293-03
Demandante:	Gloría Inés Chica Arango.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, cuatro (4) de agosto 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 31 Mayo 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 24 de Septiembre 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 18 de Agosto 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 n°. 135 del 8 de Agosto de 2023.  VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS Secretaria