

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

RADICACIÓN	17-001-23-33-000-2022-00293-00
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	YILÉN TOBÓN JARAMILLO
DEMANDADO	EL INSTITUTO DE FINANCIAMIENTO, PROMOCIÓN Y DESARROLLO DE CALDAS – INFICALDAS

De conformidad con lo decido en la audiencia inicial realizada el día 18 de julio de 2023, en el sentido que la audiencia de pruebas se realizará el **DÍA 29 DE AGOSTO DEL AÑO EN CURSO**, se informa a las partes que el link para ingresar a la sesión programada para las **NUEVE Y TREINTA DE LA MAÑANA (9:30 A.M.)** es el siguiente:

<https://call.lifesizecloud.com/19093510>

El link para ingresar a la sesión de la audiencia programada para las **DOS Y TREINTA DE LA TARDE (2:30 P.M.)** es el siguiente:

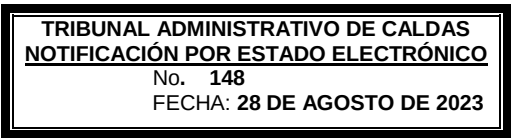
<https://call.lifesizecloud.com/19103010>

Se recuerda a los apoderados que deberán suministrar a sus testigos el link para ingresar a la audiencia.

Así mismo que, para efectos del proceso, el único correo electrónico autorizado para la recepción de memoriales es el sgtadminclld@notificacionesrj.gov.co.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO



Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **4df3ae58844741378f7e33e7e2715477930c3946fae06b574805253b7baaebf8**

Documento generado en 25/08/2023 09:51:55 AM

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

17-001-33-33-000-2013-00331-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 386

Procede el Despacho a pronunciarse sobre la liquidación del crédito realizada dentro del proceso **EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA** promovido por el señor **ALBERTO ORREGO URIBE** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**.

ANTECEDENTES

Con el libelo visible a folios 1 y 2 del cuaderno N° 4, solicitó la parte actora se librara mandamiento de pago contra la UGPP por las siguientes sumas: (i) 394'698.153 por concepto de capital, debidamente indexado; y (ii) \$ 7'523.536 por los intereses generados entre la fecha de ejecutoria de la sentencia base de recaudo hasta la presentación de la demanda de ejecución.

Como fundamento de su pretensión, esgrimió las sentencias proferidas por esta jurisdicción con las cuales se ordenó a la accionada reliquidar la pensión de jubilación con base en el 75% de lo devengado en el último año de servicios, condena que, según acotó, no había sido satisfecha al momento de la presentación del libelo introductor.

Una vez revisados los requisitos de procedencia y efectuada la liquidación, el Tribunal profirió mandamiento ejecutivo contra la UGPP y a favor del demandante **ALBERTO ORREGO URIBE** por \$ 315'473.456 por concepto de capital y \$ 39'402.748 por intereses de mora, además de las mesadas e intereses de mora que se causen hasta el pago de la obligación /fls. 40-42, 73-74/.

Finalmente, el 27 de enero de 2023, el Tribunal dictó sentencia con la cual declaró no probada la excepción de prescripción formulada por la UGPP, disponiendo continuar con la ejecución /fls. 128-132/.

CONSIDERACIONES DE LA SALA UNITARIA

El artículo 446 del Código General del Proceso regula la etapa o trámite posterior de liquidación del crédito en los procesos ejecutivos, una vez se ha proferido decisión de continuar con la ejecución, como ocurrió en el *sub lite*.

La disposición legal es del siguiente tenor:

“Para la liquidación del crédito y las costas, se observarán las siguientes reglas:

1. Ejecutoriado el auto que ordene seguir adelante la ejecución, o notificada la sentencia que resuelva sobre las excepciones siempre que no sea totalmente favorable al ejecutado cualquiera de las partes podrá presentar la liquidación del crédito con especificación del capital y de los intereses causados hasta la fecha de su presentación, y si fuere el caso de la conversión a moneda nacional de aquel y de estos, de acuerdo con lo dispuesto en el mandamiento ejecutivo, adjuntando los documentos que la sustenten, si fueren necesarios.
2. De la liquidación presentada se dará traslado a la otra parte en la forma prevista en el artículo 110, por el término de tres (3) días, dentro del cual sólo podrá formular objeciones relativas al estado de cuenta, para cuyo trámite deberá acompañar, so pena de rechazo, una liquidación alternativa en la que se precisen los errores puntuales que le atribuye a la liquidación objetada.
3. Vencido el traslado, el juez decidirá si aprueba o modifica la liquidación por auto que solo será apelable cuando resuelva una objeción o altere de oficio la cuenta

respectiva. El recurso, que se tramitará en el efecto diferido, no impedirá efectuar el remate de bienes, ni la entrega de dineros al ejecutante en la parte que no es objeto de apelación.

4. De la misma manera se procederá cuando se trate de actualizar la liquidación en los casos previstos en la ley, para lo cual se tomará como base la liquidación que esté en firme (...)” /Destacado del Tribunal/.

La parte demandante presentó la siguiente liquidación del crédito /fls. 161-162/:

VIGENCIA MENSUA L	INT. BANC. CTE. (EA)	INT. MORA (EA)		TASA NOMINAL MENSUAL	TASA MORA NOMIN AL	DIAS	CAPITAL	DIFERENCIA MENSUAL POR CANCELAR	INTERESES DE MORA	SALDO DE LA DEUDA
CAPITAL INICIAL							\$ 315.473.456,00		SALDO INTERESES	\$ 39.402.748,00
sep-21	17,19	25,79	1,01	1,33%	1,93%	16	\$ 317.199.854,34	\$ 1.726.398,34	\$ 3.265.194,83	\$ 42.667.942,83
oct-21	17,08	25,62	1,01	1,32%	1,92%	30	\$ 318.926.252,68	\$ 1.726.398,34	\$ 6.120.004,12	\$ 48.787.946,95
nov-21	17,27	25,91	1,01	1,34%	1,94%	30	\$ 320.652.651,02	\$ 1.726.398,34	\$ 6.214.855,16	\$ 55.002.802,11
dic-21	17,46	26,19	1,01	1,35%	1,96%	30	\$ 324.105.447,70	\$ 3.452.796,68	\$ 6.344.034,68	\$ 61.346.836,79
ene-22	17,66	26,49	1,01	1,36%	1,98%	30	\$ 325.928.869,63	\$ 1.823.421,93	\$ 6.445.489,66	\$ 67.792.326,45
feb-22	18,3	27,45	1,01	1,41%	2,04%	30	\$ 327.752.291,56	\$ 1.823.421,93	\$ 6.692.207,31	\$ 74.484.533,76
mar-22	18,47	27,71	1,01	1,42%	2,06%	30	\$ 329.575.713,49	\$ 1.823.421,93	\$ 6.785.460,33	\$ 81.269.994,09
abr-22	19,05	28,58	1,01	1,46%	2,12%	30	\$ 331.399.135,42	\$ 1.823.421,93	\$ 7.014.418,51	\$ 88.284.412,61
may-22	19,71	29,57	1,02	1,51%	2,18%	30	\$ 333.222.557,35	\$ 1.823.421,93	\$ 7.270.583,86	\$ 95.554.996,47
jun-22	20,4	30,60	1,02	1,56%	2,25%	30	\$ 335.045.979,28	\$ 1.823.421,93	\$ 7.537.441,79	\$ 103.092.438,26
jul-22	21,28	31,92	1,02	1,62%	2,34%	30	\$ 336.869.401,21	\$ 1.823.421,93	\$ 7.867.244,38	\$ 110.959.682,65
ago-22	22,21	33,32	1,02	1,69%	2,43%	30	\$ 338.692.823,14	\$ 1.823.421,93	\$ 8.213.789,92	\$ 119.173.472,56
sep-22	23,5	35,25	1,02	1,77%	2,55%	30	\$ 340.516.245,07	\$ 1.823.421,93	\$ 8.677.086,76	\$ 127.850.559,32
oct-22	24,61	36,92	1,02	1,85%	2,65%	30	\$ 342.339.667,00	\$ 1.823.421,93	\$ 9.081.683,27	\$ 136.932.242,60
nov-22	25,78	38,67	1,02	1,93%	2,76%	30	\$ 344.163.088,93	\$ 1.823.421,93	\$ 9.505.237,42	\$ 146.437.480,02
dic-22	27,64	41,46	1,02	2,05%	2,93%	30	\$ 347.809.932,79	\$ 3.646.843,86	\$ 10.199.760,01	\$ 156.637.240,03
ene-23	28,84	43,26	1,02	2,13%	3,04%	30	\$ 349.872.587,68	\$ 2.062.654,89	\$ 10.639.913,79	\$ 167.277.153,82
feb-23	30,18	45,27	1,02	2,22%	3,16%	27	\$ 351.935.242,57	\$ 2.062.654,89	\$ 10.011.542,13	\$ 177.288.695,96

Sumatoria capital más interés	
LIQUIDACIÓN SALDO TOTAL	
VALOR CAPITAL	\$351.935.242,57
VALOR INTERESES	\$177.288.695,96
VALOR TOTAL CAPITAL MÁS INTERESES	\$ 529.223.938,53

La actora al momento de remitir al Tribunal el memorial que contiene la liquidación del crédito, remitió copia a la UGPP, quien no se pronunció /fl. 160/.

Revisada la liquidación por el Tribunal, debe acotarse lo siguiente:

En ese orden, una vez revisada la liquidación aportada por el accionante, se observa que no fueron aplicados los descuentos con destino al sistema de salud que por ley les corresponden a los pensionados (art. 204 Ley 100 de 1993, adicionado por el artículo 142 de la Ley 2010 de 2019), por lo que habrán de incorporarse en la liquidación del crédito; además, pese a que el accionante ORREGO URIBE en su liquidación determinó de manera acertada que del mes de septiembre de 2021 únicamente se tienen en cuenta 16 días (pues al momento de dictar mandamiento ejecutivo ya se habían liquidado los otros 14 días de ese mes), tomó erradamente el valor de la diferencia pensional por todo el mes (\$ 1’726.398), cuando el guarismo correcto era \$ 920.746, que es el que corresponde a los 16 días del crédito.

Efectuadas las anteriores precisiones y actualización de la deuda, habrá de modificarse la liquidación del crédito presentado por la parte actora, en la forma que se indica a continuación.

AÑO	MES	DÍAS	DIFERENCIA MESADAS	APORTE SALUD	MESADA NETA	CAPITAL	TASA CORRIENTE	TASA MORATORIA	INTERES MENSUAL	INTERES MES	INTERES ACUMULADO
VALORES MANDAMIENTO DE PAGO						315.473.456					39.402.748
2021	SEPTIEMBRE	16	920.746	110.489	810.256	316.283.712	17,19	25,79	1,930%	3.255.764	42.658.512
2021	OCTUBRE	30	1.726.398	207.168	1.519.231	317.802.943	17,08	25,62	1,919%	6.098.448	48.756.961
2021	NOVIEMBRE	30	1.726.398	207.168	1.519.231	319.322.173	17,27	25,91	1,938%	6.189.068	54.946.029
2021	DICIEMBRE	30	1.726.398	207.168	1.519.231	320.841.404	17,46	26,19	1,957%	6.280.144	61.226.173
2022	ENERO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	322.446.015	17,66	26,49	1,978%	6.376.614	67.602.787
2022	FEBRERO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	324.050.626	18,3	27,45	2,042%	6.616.625	74.219.412
2022	MARZO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	325.655.238	18,47	27,71	2,059%	6.704.744	80.924.155
2022	ABRIL	30	1.823.422	218.811	1.604.611	327.259.849	19,05	28,58	2,117%	6.926.806	87.850.961
2022	MAYO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	328.864.460	19,71	29,57	2,182%	7.175.495	95.026.456
2022	JUNIO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	330.469.072	20,4	30,60	2,250%	7.434.476	102.460.932
2022	JULIO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	332.073.683	21,28	31,92	2,335%	7.755.245	110.216.177
2022	AGOSTO	30	1.823.422	218.811	1.604.611	333.678.294	22,21	33,32	2,425%	8.092.180	118.308.358
2022	SEPTIEMBRE	30	1.823.422	218.811	1.604.611	335.282.906	23,5	35,25	2,548%	8.543.730	126.852.088
2022	OCTUBRE	30	1.823.422	218.811	1.604.611	336.887.517	24,61	36,92	2,653%	8.937.047	135.789.135
2022	NOVIEMBRE	30	1.823.422	218.811	1.604.611	338.492.128	25,78	38,67	2,762%	9.348.615	145.137.749
2022	DICIEMBRE	30	1.823.422	218.811	1.604.611	340.096.739	27,64	41,46	2,933%	9.973.565	155.111.315
2023	ENERO	30	2.062.655	247.519	1.815.136	341.911.876	28,84	43,26	3,041%	10.397.822	165.509.137
2023	FEBRERO	30	2.062.655	247.519	1.815.136	343.727.012	30,18	45,27	3,161%	10.864.491	176.373.627
2023	MARZO	30	2.062.655	247.519	1.815.136	345.542.148	30,84	46,26	3,219%	11.123.673	187.497.300
2023	ABRIL	30	2.062.655	247.519	1.815.136	347.357.285	31,39	47,09	3,268%	11.350.204	198.847.504
2023	MAYO	30	2.062.655	247.519	1.815.136	349.172.421	30,27	45,41	3,169%	11.064.492	209.911.996
2023	JUNIO	12	825.062	99.007	726.055	349.898.475	29,76	44,64	3,123%	4.371.540	214.283.536

VALOR ADEUDADO	
CAPITAL	349’898.475
INTERESES	214’283.536
TOTAL	564’182.011

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

RESUELVE

MODIFICAR la liquidación del crédito presentada por el ejecutante, dentro del proceso **EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DE SENTENCIA** promovido por el señor **ALBERTO ORREGO URIBE** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, la cual quedará así:

VALOR ADEUDADO	
CAPITAL	349'898.475
INTERESES	214'283.536
TOTAL	564'182.011

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control:	Reparación Directa
Radicación:	17 001 33 33 002 2016 00021 02
Demandante:	Fabio Antonio Escobar Restrepo y otros
Demandado:	Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación.
Providencia:	Sentencia No. 148

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 los demandantes, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de diciembre de 2018.

I. Antecedentes:

1. Declaraciones y condenas.

Los accionantes solicitan que se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN COLOMBIANA - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL por todos los daños y perjuicios ocasionados a cada uno de los actores y por consiguiente al pago de la TOTALIDAD de ellos.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria anterior, se condene solidariamente a la NACIÓN COLOMBIANA - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y RAMA JUDICIAL a pagar a cada uno de los actores, -por intermedio de su apoderado-, todos los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes, los cuales se detallan de la siguiente manera:

PERJUICIOS MATERIALES

a) Lucro Cesante:

Para el actor principal —y directo afectado- JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO; (...)

b) Daño emergente:

b) Para el demandante JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO (...)

2. PERJUICIOS MORALES:

a) Se pagará, el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes integrantes o a quien sus derechos representen, en virtud de los daños y perjuicios causados — a los accionan tes- con la injusta detención carcelaria de JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO por espacio de 1.510 días en las Cárceles de Riosucio, Calarcá y Guaduas Cundinamarca, cobijado con medida de aseguramiento dentro del marco de los hechos y circunstancias aquí narradas, las cuales se reconocerán de la siguiente manera

TERCERA. Que se ordene a las demandadas dar cumplimiento a la decisión que se profiera dentro de este asunto, en el término máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de ejecutoria, tal como lo dispone el artículo 192 inciso 3" del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (Ley 1437 de 2011) (...)

CUARTA. Que se ordene a las accionadas, que en el evento de que no le den cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia proferida en este proceso dentro del término previsto —en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011)- se cancele a favor de la parte actora, los intereses moratorios desde la ejecutoria de la decisión, conforme lo dispone el artículo 195 ibidem.

QUINTA. Que las entidades demandadas reconozcan y paguen costas de conformidad con lo señalado en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), si a ello hubiese lugar.

SEXTA: EXPEDICIÓN DE COPIAS. Se solicita la expedición de copias de la sentencia con NOTA o —constancia de ejecutoria y autenticidad- con destino a la (sic) entidades demandadas, al Ministerio Público y a los actores — con constancia de ser primera copia y prestar mérito ejecutivo-; de conformidad con el artículo 114 del Código General del Proceso y los artículos 297 al 299 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

2. Hechos.

Los hechos de la demanda pueden resumirse en los siguientes:

- Que el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo tiene como cónyuge a la señora Diana Julieth Espinosa Ayala y menciona su núcleo familiar
- Afirma que conta el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo se adelantó un proceso penal, señalando que su pareja tenía problemas de convivencia con éste, y que había advertido que “lo haría meter a la cárcel”.

- Que su pareja, señora Diana Julieth lo acusó ante la policía de Supía por realizar tocamientos a su hija LSRE, producto de lo cual se solicitó la expedición de orden de captura en audiencia preliminar por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado en contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, siendo capturado el 23 de junio de 2010 por dicho punible.
- Que el Fiscal Segundo Seccional presentó acusación contra el mentado señor, y el 13 de abril de 2011 se dio lectura a la sentencia, en la cual el Juzgado penal del Circuito de Riosucio Caldas, condenó al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado.
- Que apelada la sentencia en mención, la Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, el 3 de septiembre de 2014 profirió sentencia de segunda instancia absolviendo al demandante.
- Afirma que fue injustamente privado de su libertad durante 4 años en las cárceles de Riosucio, Calarcá y en Guaduas, y que, para la fecha de captura se desempeñaba como celador y ayudante de construcción con unos ingresos de un salario mínimo.

3. Contestación de la demanda.

- Nación - Rama Judicial. (Fls. 319 a 327 C. 1A)

La demandada Rama Judicial, contesta la demanda pronunciándose sobre los hechos y oponiéndose a las pretensiones de la misma, haciendo una exposición normativa relacionada con la medida de aseguramiento de detención preventiva, y de, la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad; citando sentencias del Consejo de estado relacionadas con ello.

Seguidamente se refiere al caso en concreto, exponiendo que, dentro de la investigación adelantada por la Fiscalía se acopiaron los elementos probatorios que conducían a establecer razonablemente que el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo podía ser autor de la conducta de acceso carnal abusivo (SIC); con menor de catorce años no siendo la etapa surtida ante el Juez de Control de Garantías la idónea para demostrar si efectivamente cometió o no el punible.

Sostiene la demandada Rama Judicial que la detención preventiva impuesta al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo cumplió con los requisitos formales y fácticos para que resultara procedente, siendo necesaria y proporcional; y que la absolución del mentado señor, se produjo por la actividad probatoria, de la cual no fue posible establecer la responsabilidad penal del accionado en los hechos ocurridos, sin que pueda hablarse de “presunción por detención injusta”, pues no se desvirtuó el valor probatorio de los medios de convicción para la imposición de la medida de aseguramiento, carga que tenía el demandante.

Y que, pese a que el proceso penal terminó con la absolución del imputado, no se da en este caso una privación injusta de la libertad, pues el señor Escobar Restrepo debía soportar esa carga pública de participar en la voluntad de la autoridad respectiva dentro de una investigación.

Finalmente, propuso las excepciones de *“Culpa exclusiva de la víctima”*, *“Falta de configuración de los elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual del estado”*, *“Falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial”*, e *“Innominada”*.

- **Contestación Fiscalía General de la Nación (Fls. 329 a 344 a 1252 C. 1A).**

La demandada Fiscalía General de la Nación se pronuncia frente a los hechos, se opone a la prosperidad de las pretensiones y objeta la cuantía.

Afirma que la actuación de la Fiscalía General de la Nación 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, ni error judicial, ni una privación injusta de la libertad del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo y hace un recuento normativo.

Del caso en concreto sostiene que, los hechos se originaron en la denuncia de su compañera permanente, por realizar tocamientos a su menor hija; obrando la Fiscalía de acuerdo al artículo 250 constitucional y en cumplimiento de la Ley 906 de 2004.

Afirma que el juez Promiscuo municipal de Supía, Caldas con función de control de garantías impuso medida de aseguramiento al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo , profiriéndose luego sentencia condenatoria, la cual fue revocada en segunda instancia en aplicación del principio in dubio pro reo, ello, en virtud de las dudas surgidas dentro del proceso, pero no porque se hubiera demostrado que el hecho no existió, o porque el sindicato no lo cometió, o que la conducta no constituyera un punible; concluyendo que, no se observa de la Fiscalía actuación que conlleve a la prosperidad de las pretensiones en este medio de control.

Finalmente, propone las excepciones de *“Cumplimiento de un deber legal”*, *“Inexistencia de error judicial”*, *“Inexistencia de daño”*, *“Inexistencia de falla en el servicio”*, *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Hecho excluyente de un tercero”*, e *“Inexistencia de nexo causal”*.

4. Sentencia de primera instancia. (Fls. 500 a 536 C. 1A)

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia 216 de 19 de diciembre de 2018 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por las demandadas.

DECLARAR PROBADA la excepción de Falta de configuración de los elementos que estructuran responsabilidad extracontractual del Estado formulada por la Nación- Rama Judicial.

Igualmente DECLARAR PROBADAS las excepciones propuestas por la Nación — Fiscalía General de la Nación y denominadas como “Cumplimiento de un deber legal”, “Inexistencia del error judicial”, “Inexistencia del daño” e “Inexistencia de la antijuridicidad del daño”.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en las consideraciones de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, en favor de la parte demandada, en los términos indicados en la parte motiva. Su liquidación, se efectuará por la Secretaría del Despacho en los términos señalados en el artículo 366 del C.G.P.

CUARTO: EJECUTORIADA esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere y ARCHÍVENSE las diligencias, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático Justicia Siglo XXI.

QUINTO: La presente sentencia se notificará en los términos señalados en el artículo 203 del CPACA. “

Inicia la Juez con el estudio del régimen de responsabilidad en este asunto, y con extensa cita jurisprudencial relacionada con la privación injusta de la libertad.

Continúa con el estudio del caso en concreto en el cual hace un recuento de las actuaciones surtidas dentro del proceso penal desde la denuncia formulada hasta la sentencia de segunda instancia que absuelve al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, haciendo las transcripciones correspondientes y advirtiendo que, el Despacho estudiará la responsabilidad del Estado por privación de la libertad originada en el contexto del delito de abuso sexual con menor de 14 años, considerando necesario hacer un análisis de la violencia infantil, para luego examinar los deberes de las autoridades judiciales.

Considera acreditado el daño, por cuanto al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo fue privado de su libertad el 23 de junio de 2010, y, en virtud de la sentencia proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal, fue absuelto en aplicación del principio de in dubio pro reo, recuperando su libertad el 5 de septiembre de 2014.

Continúa la juez con un estudio sobre la antijuridicidad del daño, y sostiene que, el motivo por el cual el señor Escobar Restrepo fue privado de la libertad, se concretó, en la sindicación que pesaba sobre él como autor del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años agravado, medida que se encuentra legitimada siempre que esta se ordene por autoridad judicial competente con la plenitud de las formas legales, en audiencia con participación del defensor del investigado y por motivos previamente definidos por la ley; situaciones que, a su juicio se cumplen en su totalidad en el presente asunto.

Considera que dentro de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición medida de aseguramiento, la Fiscalía General de la Nación indicó que existían elementos probatorios que permitían inferir razonablemente que el acusado era responsable de la conducta de acto sexual con menor de 14 años; y que para sustentar la imputación se refirió a la denuncia realizada por la señora Diana Julieth Espinosa Ayala, a la entrevista efectuada a la señora Claudia Milena Upegui, y a la valoración psicológica realizada por el psicólogo de la Secretaría de Salud del Municipio de Supía, con lo cual sustentó su solicitud.

Afirma que, el Juzgado Promiscuo Municipal de Supía - Caldas con Función de Control de Garantías, con fundamento en el material probatorio mencionado, en concordancia con los artículos 306 y 308 de la ley 906 de 2004, y en la Ley 1098 de 2006, decidió imponer medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro de reclusión en contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo; de manera que, para el Despacho, la privación de la libertad que se decretó en contra del mentado señor, estuvo sustentada en las pruebas recaudadas por la Fiscalía y que en ese estado de la investigación, permitían inferir razonablemente que el imputado podía ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se le endilgaba. Y que, otra cosa es que la administración de justicia, con el devenir de la investigación y el proceso, no haya logrado desvirtuar con certeza la presunción de inocencia del procesado; donde estaba de por medio la posible vulneración de derechos de un menor de edad, considerando las actuaciones surtidas de acuerdo a la Ley.

Concluye la Juez que, la privación de la libertad que soportó el señor Escobar Restrepo, no genera obligación resarcitoria, toda vez que la medida cautelar impuesta estaba no sólo permitida sino, además, exigida, por la normativa constitucional y legal, cuyo decreto no ha merecido reproche por la parte demandante en cuanto a la competencia de quien la impuso, ni en cuanto al respeto a las formalidades legales ni a los presupuestos de la ley procesal penal para su decreto; por lo que negará las pretensiones de la demanda.

5. Recurso de apelación.

- Demandante. (Fls. 540 a 549 C 1A)

El apoderado judicial de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia aduciendo defecto procedimental, porque pese a existir múltiples pronunciamientos del Consejo de Estado con relación a la privación injusta de la libertad, la juez niega las pretensiones de la demanda, sin revisar la correcta aplicación del principio in dubio pro reo.

Sostiene que se presenta un defecto sustantivo, porque se desconoció a su juicio, la última jurisprudencia del Consejo de Estado de privación injusta en su momento, de 13 de agosto de 2018, con radicado 73001233100020110064801

(45689); y que hay vulneración del principio de confianza legítima porque cambió la jurisprudencia prevista para los casos de privación injusta, y en este caso el demandante estuvo más de 4 años recluido en establecimiento carcelario.

Relata que se encuentra acreditada la afectación sufrida por el demandante; así como que ésta recae sobre un bien jurídicamente protegido como lo es la libertad; y que, en este caso la lesión no fue causada por la propia víctima, pues esta se origina en la denuncia de la señora Diana Julieth Espinosa Ayala y que, la restricción de libertad surgió como consecuencia de la acción punitiva del Estado, deteniendo por más de 4 años a una persona que no cometió delito alguno, siendo la Fiscalía y Rama Judicial las responsables de la privación injusta del demandante; pues el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo no tenía como contra restar la imputación inicial de la Fiscalía, y esperaba que en el transcurso del proceso se recaudaran las pruebas que dieran cuenta de su inocencia.

Afirma que no existe un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique o legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado, esto es, en que la víctima no esté jurídicamente obligada a soportar las condiciones particulares y concretas en que sufrió la lesión, a soportar las consecuencias, no teniendo el señor Escobar Restrepo en este caso la obligación de soportar la medida impuesta, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Finalmente, con relación a la condena en costas, solicita sea revocada por no haber en este caso temeridad o mala fe de los demandantes, pues no solo estuvo privado por mas de 4 años por un delito que no cometió, sino que, esa condena le ocasionó unos perjuicios.

7. Alegatos de segunda instancia

- Parte demandante (Fls. 22 a 33 C. 4)

La parte demandante reitera los argumentos expuestos en la demanda y en su recurso de apelación, alude que detrás de la denuncia penal presentada por su compañera sentimental, había sentimiento de venganza y retaliación que debían ser advertidos por la Juez de primera instancia, quien debió estudiar dicha conducta, mas allá del mero estudio de la sindicación del señor Jaime Antonio

Escobar Restrepo; debiéndose indagar por los verdaderos hechos y motivos de la denuncia penal, pues debía analizarse en su integridad.

Sostiene que la madre de la menor, la determinó para mintiera en la entrevista realizada, siendo condenado con pruebas insuficientes y que no se analizaron en su integridad, siendo privado de su libertad por una falsa acusación.

Sostiene que la denunciante tenía motivos personales e intenciones de enviar al demandante a la cárcel, y que la testigo Claudia Milena Upegui Arcila no presenció los hechos, por lo que la prueba es insuficiente; y que, no es coherente que por un lado se absuelva al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo y por otra se niegue la indemnización por privación injusta de su libertad, solicitando se revoque la sentencia apelada, así como la imposición de condena en costas.

- Parte demandada Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial (Fls. 34 a 38 C. 4)

La demandada presentó escrito de alegatos en segunda instancia, reiterando lo expuesto en la contestación de la demanda y hace una relación de 7 procesos en los cuales se aplicó el régimen de responsabilidad subjetivo y denegó las pretensiones de la demanda en casos similares; y hace una exposición jurisprudencial afirmando que la medida de seguridad impuesta en este asunto no requería de certeza de culpabilidad del individuo.

Refiere que en este caso la privación de la libertad, era una carga que debía soportar el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, pues fue denunciado por la madre de su menor hija, describiéndose hechos reprochables que debía ser investigados; y resalta que en segunda instancia se absolvió al acusado, pero no por inocencia, ni retractación, ni restar credibilidad a la menor, sino por la incertidumbre y reitera en lo demás lo considerado en la contestación de la demanda.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto, como dice la constancia secretarial de 5 de noviembre de 2019 que reposa en el folio 39 del cuaderno 4.

I. Consideraciones de la Sala

1. Problema jurídico a resolver:

Corresponde al Tribunal en esta instancia, de acuerdo con los fundamentos del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, determinar si la privación de la libertad del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, se puede calificar como injusta y es imputable a las entidades demandadas; o si por el contrario, no se reúnen los presupuestos para establecer la responsabilidad estatal endilgada.

Y, si en este caso, el fallo proferido en primera instancia incurrió en defectos procedimental y sustantivo.

2. Régimen de responsabilidad estatal.

En el *sub examine*, conforme lo señalado por la Juez de primera instancia la responsabilidad administrativa referente al proceso penal adelantado a la luz de la Ley 906 de 2004, debe ser analizada de conformidad con lo establecido en el artículo 90 superior y en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia vigente, pues bajo los parámetros del artículo 90 constitucional, el cual dispuso de manera general al establecer que *“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*, es menester para tal efecto, analizar esa conducta positiva u omisiva de la administración de justicia en razón de la cual se atribuye responsabilidad al Estado y se deprecia indemnización, con miras a establecer, en el caso concreto, si la actuación fue manifiestamente desproporcionada o arbitraria o contraria a los mandatos normativos, que torne antijurídico el perjuicio sufrido con la privación de la libertad y justifique la responsabilidad patrimonial atribuida al Estado, la cual es contemplada por la Ley 270 de 1996 así:

“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.”

Luego, la norma estatutaria, a juicio del Tribunal, debe ser tenida en cuenta para ilustrar el contenido de los supuestos que condicionan la procedencia de la responsabilidad que ha sido atribuida a las demandadas en relación con el desarrollo del proceso penal, en el cual fuera privado de la libertad el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, pues el mandato constitucional contenido en el artículo 90 refiere la responsabilidad patrimonial del Estado por virtud del “*daño antijurídico*”, concepto al que se vincula necesariamente el de “*injusta*” de la privación de la libertad.

Igualmente, el artículo 68 de la mismo Estatuto preceptúa:

“ARTÍCULO 68. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de perjuicios.” (Subraya la Sala)

3. Análisis jurisprudencial.

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 artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que consagra la acción 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, que obedecen a diversas situaciones en las cuales el Estado, a través de sus autoridades, está llamado a responder por la producción de un daño antijurídico.

Ahora bien, frente al régimen de responsabilidad aplicable en materia de privación de la libertad de las personas sujetas a detención preventiva dentro de un proceso penal, que a la postre se exoneran de responsabilidad mediante sentencia absolutoria o pronunciamiento equivalente, la jurisprudencia de la

Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en la sentencia C-037 de 1996, así como en la sentencia SU 72 de 2018 de la Corte Constitucional, ha sostenido recientemente¹:

“5. Responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, en vigencia de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

5.1. La Sección Tercera venía sosteniendo que en los casos en que una persona era detenida preventivamente, por disposición de una autoridad judicial, y luego recuperaba la libertad, bien porque resultaba absuelta bajo supuestos de que el hecho no existió, el sindicato no lo cometió, la conducta no era constitutiva de hecho punible o en aplicación del principio in dubio pro reo, inmediatamente surgía un daño que esa persona no estaba en la obligación de soportar y que, por tanto, el Estado era patrimonialmente responsable, en aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de daño especial. Esto, sin importar si el agente judicial actuó o no conforme a la ley, por cuanto estaban en juego derechos y principios de stirpe constitucional como la libertad personal y la presunción de inocencia, la cual, al no ser desvirtuada por el Estado, tornaba en injusta la privación².

(...)

5.2. Las consideraciones anteriores no resultan contradictorias con las conclusiones de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, SU 72/18³, sobre el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable en eventos de privación injusta de la libertad.

(...)

De acuerdo con la providencia, el juez puede escoger entre un título de imputación subjetivo u objetivo, de acuerdo con el carácter demostrativo de la prueba recaudada o la absoluta inexistencia de la misma y agrega que las causales de privación injusta de la libertad no se agotan en las que prescribía el derogado artículo 414 del Decreto Ley 2700 de 1991.

Por último, la Corte Constitucional, consideró que en todos los casos en los que se reclame la reparación de los daños generados por privación injusta de la libertad debe valorarse la culpa exclusiva de la víctima⁴.

¹Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A; Consejera Ponente: María Adriana Marín; Sentencia Del 5 de Marzo De 2020; Radicación Número: 70001-23-31-000-2005-00434-01(56393); Actor: Arnold Alex Cuevas Sierra; Demandado: Ministerio De Justicia - Fiscalía General De La Nación

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo del 2007, expediente No. 15463. Reiterada en sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del 6 de abril de 2011, expediente No. 21563. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre del 2006, expediente No. 13468. Reiterada en sentencia de unificación de 17 de octubre del 2013, expediente No. 23354. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P: José Fernando Reyes Cuartas.

⁴ Ibidem, Acápites 124.

(...)

Ahora bien, la Corte señala que las normas que contienen los diferentes supuestos en los que procede la detención preventiva en los ordenamientos procesales penales⁵, vigentes desde la promulgación del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, le son inherentes el juicio de razonabilidad y de proporcionalidad. Sin embargo, los requisitos para imponer la medida de aseguramiento han variado de uno a otro de acuerdo al grado de convicción probatoria requerida, mientras el Decreto Ley 2700 de 1991 y la Ley 600 de 2000 solicitaban de uno o dos indicios graves de responsabilidad, respectivamente, la Ley 906 exige de una inferencia razonable de autoría o participación del imputado⁶.

La Corte insiste en que para una interpretación adecuada del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el juez administrativo a la hora de definir si una privación de la libertad es injusta o no, independientemente del título de imputación que se elija aplicar, debe considerar si las decisiones adoptadas por el funcionario judicial se enmarcan en los presupuestos de “razonabilidad, proporcionalidad y legalidad”⁷⁸. Al respecto concluye:

(...)

De esta manera, dependiendo de las particularidades del caso, es decir, en el examen individual de cada caso, como lo han sostenido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, el juez administrativo podrá elegir qué título de imputación resulta más idóneo para establecer que el daño sufrido por el ciudadano devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada y por ese motivo, no tenía por qué soportarse⁹.

(...)

5.4. De acuerdo con lo anterior, la Corte Constitucional, señala que, en dos eventos establecidos por el Consejo de Estado, resulta factible aplicar un régimen objetivo de responsabilidad, estos son cuando el hecho no existió o la conducta era objetivamente atípica, en ambas situaciones la privación de la libertad resulta irrazonable y desproporcionada, por lo que “el daño antijurídico se demuestra sin mayores esfuerzos”¹⁰.

En criterio de la Corte desde el inicio de la investigación, el fiscal o juez deben tener claro que el hecho sí se presentó y que es objetivamente típico, ya que disponen de las herramientas necesarias para definir con certeza estos dos presupuestos. En el primer caso el funcionario judicial debe tener en claro esa información desde un principio y en el segundo

⁵ La Corte hace referencia al Decreto Ley 2700 de 1991, artículos 355 y 356 de la Ley 600 de 2000 y 308 de la Ley 906 de 2004.

⁶ Ibidem. Acápites 103.

⁷ Ibidem. Acápites 104.

⁸ Más adelante señala:

112. En suma, la aplicación de cualquier de los regímenes de responsabilidad del Estado mantienen incólumes la excepcionalidad y los juicios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, así como la presunción de inocencia que preceden a la imposición de una medida de aseguramiento.

⁹ Ibidem. Acápites 104.

¹⁰ Ibidem. Acápites 105.

se trata de una tarea más sencilla, que consiste en el cotejo entre la conducta que se predica punible y las normas que la tipifican como tal¹¹.

(...)

5.5. En conclusión, la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, establece que en eventos de privación injusta de la libertad no se determina un régimen único de responsabilidad subjetivo u objetivo. Sin embargo, cualquiera sea el que se aplique se debe tomar en cuenta, frente al caso concreto, si la medida fue legal, razonable y proporcionada.

En la misma vía, en todos los eventos posibles, será necesario descartar si el imputado o sindicado con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a la medida de privación de la libertad (...)."

A partir de las anteriores pautas, corresponde analizar los hechos en que se fundamenta la presente demanda para establecer si la privación de la libertad del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo devino de una actuación inidónea, irrazonable y desproporcionada de la demandada.

4. Pruebas relevantes.

A continuación, se relacionan las pruebas de mayor relevancia en este asunto.

- Copia de la denuncia penal de 1° de abril de 2010, formulada por la señora Diana Julieth Espinosa Ayala contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, de la cual se extrae: (Fls. 215 a 217 C. 1).

"PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo lo que sepa y le conste acerca de los hechos que usted va a denunciar. CONTESTO: Todo empezó el día de ayer 31 de marzo que mi hija L.S.R. se encontraba con mi esposo en la sala de mi casa y yo me encontraba en la pieza y escuchaba yo que mi hija decía: "PAPI HACI (sic) NO", ahí yo la llame (sic) a L.S. y le pregunte ¿QUE PASABA? La niña toda asustada me dijo que no pasaba nada, ya después ese mismo día cerca de las 09:00 P:M: yo me coloqué (sic) hablar con una amiga CLAUDIA, no me le sé el nombre de ella pero es una vecina de la cuadra y le comente (sic) lo raro que paso (sic) en las horas de la tarde de la niña con el padrastro JAIME ANTONIO ECOBAR RESTREPO, entonces mi amiga CLAUDIA me dijo que le iba a preguntar a la niña si era que el papá JAIME le estaba tocando, mi amiga CLAUDIA llamo (sic) a niña le gasto (sic) un jugueto y le preguntó que si el papá JAIME la tocaba en sus partes íntimas, entonces la niña le dijo a mi amiga CLAUDIA que tenía miedo de decir porque de pronto yo le pegaba a ella, luego mi amiga la convenció y le dijo a mi hija L, que no le iba a pasar nada, que antes la íbamos a escuchar y ahí fue donde dijo, que PAPÁ LA TACABA (sic) ALLÁ, (señalando sus partes íntimas a CLAUDIA), señalando su vagina y que cuando él le tocaba le dolía mucho, también que le daba besos en su boca (...)"

¹¹ Ibidem. Acápites 105.

- Copia de la solicitud de captura del 8 de junio de 2010 de la Fiscalía General de la Nación contra el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo por el delito de actos sexuales con menor de 14 años (Fl. 43 C. 1).

“(…) El señor Fiscal presenta al titular del despacho, solicitud de orden de captura con fines de imputación respecto del indiciado. por existir medios probatorios que lo involucran como autor del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, donde aparece como víctima LAURA SOFIA RINCON ESPINOSA.

Por cumplir con los requisitos legales, el despacho accede a la petición para librar la orden de captura. ya que se ha encontrado que se hace indispensable para que comparezca al proceso, por lo tanto, se libra la orden de captura, por un término de seis meses prorrogable por el mismo término, se hace necesaria, adecuada, proporcional y razonable, además tendrá una vigencia de 6 meses (…)

- Copia de la orden de captura de 08 de junio de 2010, del Juzgado Promiscuo Municipal de Supía — Caldas, en contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo (Fl. 45 C 1).

- Copia del informe sociofamiliar proceso No 17-777-169-2010-01 elaborado por la señora Karen Oriana Fernández de la Comisaría de Familia de Supía — Caldas (Fls. 218 a 255 C.1)

“(…) La señora Diana Julieth Espinosa Ayala aduce que en el tiempo de convivencia Jaime ha sido una persona violenta, Maltratante con ella y son sus hijos, Diana Julieth Espinosa Ayala es una persona totalmente dependiente afectiva y económicamente del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo La pareja no tubo ni tiene un proyecto de vida definido y la señora Diana Julieth no ha desarrollado la madurez suficiente para encargarse de la formación y crianza de sus hijos, lejos de la persona que les hace daño, no ejerce factores protectivos en favor de los niños. (…)

“Actualmente no existe comunicación alguna entre Diana Julieth Espinosa Ayala y Jaime Antonio Escobar Restrepo pues actualmente el señor Jaime tiene dos demandas interpuestas una por violencia intrafamiliar y la otra es por abuso sexual infantil con la niña Laura Sofía Rincón de 3 años hija de Diana Julieth.

En la entrevista Diana Julieth Espinosa Ayala aduce que desea retirar la denuncia por las constantes amenazas recibida por el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo y por su familia Diana aduce que lo conoció cuando él trabajaba como celador en el polideportivo charlaron un tiempo y de ahí se fueron a vivir juntos, la familia del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo extensa reside en el Barrio Popular al frente de la panadería el Gran Pandebono.

(…)

Hechos

Durante el transcurso de la vida de la niña Laura Sofía Rincón ha estado cerca del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo quien no es el padre Biológico pero la niña lo concibe como padre Diana Julieth aduce que Laura Sofía manifiesta que el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo la ha tocado, Diana Julieth dice que ella le pidió el favor a una vecina a la señora Claudia Milena Upegui Arcila a ver si la niña le manifestaba algo sobre este tema al preguntarle por este tema responde que si.

HECHOS

La trabajadora social tuvo la oportunidad de hablar con la menor Laura Sofía y hacerle varias preguntas como se llama su papa la niña responde Jaime que le hace el papa me pega con una correa y que me toca y la niña señala la vagina y me toca y la niña señala el pecho, al preguntarle cuando fue eso la niña responde que ayer y que mañana se empezó a hablar con la niña sobre otro tema y se le volvieron hacer las mismas preguntas a lo que responde que Jaime no le hace nada al tener la niña tan poca edad se torna difícil la investigación porque la niña no siempre dice lo mismo, cabría pensar entonces que si la niña manifiesta que Jaime la toca es porque algo porque una niña a esas edad no manifiesta las cosas porque sí.

En conversación sostenida con diana plantea que Laura es una niña que no es constante en lo que manifiesta y que ella se encuentra desesperada y no sabe que hacer porque no sabe si eso es verdad o mentira Diana aduce que si a Jaime lo van a meter a la cárcel por violencia intrafamiliar está totalmente de acuerdo pero que por abuso sexual infantil tiene sus dudas.

Laura le han adelantado acciones tales como médico legista, valoración psicológica, trabajo social.

Diana insiste que quiere retirar la denuncia por presunto abuso sexual y que se lo manifestó al investigador Jaime chicha, existe entonces la posibilidad que ella desista del caso por las constantes amenazas de el o porque lo quiere demasiado y no quiere que se vaya de su lado.

(...)

CONCEPTO

Después de realizar el informe se puede concluir que Diana tiene una dependencia afectiva por el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo también que debido a su situación económica le toca dejar a los niños solos delegando así funciones como lo es el cuidado de estos a terceros ocasionando que no se cumpla con su rol de madre y que no pueda brindarles un adecuado e integral desarrollo a sus menores hijos, también se concluye que no ha tomado una decisión definitiva en cuanto a la relación con el señor Jaime ya que aduce que lo quiere mucho ocasionando esto que él pueda regresar al hogar y que si en realidad a manipulado a la menor Laura Sofía lo pueda volver hacer.

- Copia del informe psicológico de la menor LSREE, proferido por el señor Javier Manuel Zea Acosta, funcionario de la Unidad de Investigación Criminal de Supía
- Caldas (Fls. 226 a 230 C. 1):

“(…) REPORTE DE LA MENOR

Se inicia proceso de construcción de relación de confianza inicialmente y posteriormente exploración de características que permitan identificar la posible presencia de huellas de estrés postraumático. Se establece un adecuado nivel de confianza con la menor y en un punto de la conversación en que se le pregunto quién es él señor, Jaime Antonio escobar Restrepo, la menor manifestó, él es mi papa, pero el me chupa trompa y me toca aquí me da besos aquí. La menor señala su área genital, continua, a mí me gusta la guardería porque allá me tomo el algo.

(...)

ANALISIS BASADO EN CRITERIOS

- *Estructura lógica en el relato en términos de secuencia temporal y espacial. El relato es coherente y consistente.*

El tiempo y espacio del relato tienen sentido lógico. El examen mental arroja principio de realidad en la personalidad o estructura

*Contenidos Generales:
psicológica de la menor.*

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Debido a todo lo anteriormente expuesto, se concluye que, a través del Análisis de Contenidos Basado en Criterios, el relato de la menor se reviste alta credibilidad. De otra parte, se percibe un grado de afectación o perturbación psicológica Alto. La menor muestra manifestaciones de estrés pos trauma, (llanto continuo, retraimiento, miedo, ansiedad), su relato fue abierto y espontaneo, cabe destacar que la menor tiene manifestaciones de timidez y retraimiento frente al psicólogo pero al reunirse con su abuela esta actitud cambia tornándose más relajada. (...)"

- Copia de la valoración psicológica y psiquiátrica forense realizada por profesional del Instituto Nacional de Medicina Legal, Psicóloga Forense Luz Stela Pipilla Jiménez (Fls. 232 a 241 C. 1):

"(...) 6. Versión de los hechos del entrevistado:

Versión que hace la niña sobre los hechos: "... (¿Qué haces en el día Laura?) Me levanto primero desayuno y luego me acuesto me pongo a ver cosas de princesas, me levanto a las 9 de la mañana. (¿Con quién vives?) Con mi papa, él se llama Jaime, mi mama Diana, mi hermanito pequeño, yo canté los pollitos ayer y me puse a leer un libro. (¿Te gusta jugar con tu hermanito?) Si, a veces peleamos mucho. (¿a qué juegas con tu hermanito?) a la cocina. (¿Dónde está tu hermanito?) En la casa. (¿Dónde está tu papá?) En la cárcel. (¿Sabes por qué esta en la cárcel?) porque et me tocaba, mi mamá dijo que mentiras, que mi papá no me ha tocado, no era verdad, pero ella no me deja decir la verdad, cuando mi papá me tocó. (¿Cual verdad?) La verdad que mi papá me tocó cuando vivíamos en el Planchón. (¿Explícame bien?) mi papa me metió el dedo en la vagina, y me daba besos en la vagina, primero me metía el dedo y luego me daba besos en la vagina mi mamá vio cuando mi papá me metió el dedo en la vagina (la niña señala el área genital), (¿y que más pasó?) mi mamá se asustó y no le dijo nada a mi papá fue y llamó la policía lo montó en el carro y se lo llevaron, yo tenía esta ropa puesta, eso paso ayer por la mañana (< Donde te toco tu papa?) Acá. (la niña

señala el área genita- (¿Cuántas veces te tocó tu papá?) la niña guarda silencio. (se hace una pregunta semi dirigida. una vez? La niña responde sí. ¿Dos veces? La niña responde sí. ¿Tres veces? La niña responde sí. (¿Recuerdas tu dónde estabas?) yo estaba en la cocina y el me llamó que fuera por una moneda, mi mamá vino y me encontró con él, él estaba en la sala acostado con unas cobijas, él estaba cobijado, se puso a llorar cuando llegó la policía. (¿Dónde estaba tu mamá?) dónde la amiga de ella Olga, a él se lo llevo la policía porque él me tocó, mi mamá no quiere que yo cuente, ella me dice que no cuente, ella no me deja, ella vio cuando él me estaba metiendo el dedo, ella empujo la puerta y nos vio, (¿Como los vio tu mama?) La niña guarda silencio, mi mamá se puso a llorar por mí. (¿Por qué se puso a llorar tu mamá?) porque si, que porque sí, porque mi papá se vino para la cocina porque yo saque la colada para ver si estaba vinagre y me la tiré encima me queme con agua, la cara y el brazo, él me pegó unos correazos duros. (¿Que más paso?) Nada más. Mi mamá ha estado triste porque se la llevaron, a mí no me da tristeza, a mí me da rabia con mi papá porque él me tocó, él me daba besos en la vagina. Mi papá nos dejó. (¿Por qué los dejó tu papá?) papá nos invitaba a dar vueltas en la moto a comer pollo. (¿Alguna otra persona te ha tocado?) No. ".

(...)

11. ANALISIS (...) En el examen mental se aprecia una menor que acepta la entrevista, muestra poco apego hacia la madre, acepta estar sola en la valoración. Responde al llamado, no hay una adecuada orientación en lugar y tiempo, por su edad cronológica.

Responde a las preguntas que se le hacen, con un lenguaje adecuado, buena capacidad de socialización e interacción con el medio, fácil expresividad de emociones y sentimientos, activa el nivel de pensamiento acorde con su edad. A nivel de memoria solo (sic) logra recordar hechos familiares muy recientes, recuerda eventos lejanos, pero no los ubica en el tiempo, presenta afecto adecuado, el nivel intelectual impresiona desde el punto de vista clínico como dentro del promedio. El estado mental de la niña es el esperado para la edad cronológica en que transcurre. La madurez psicológica de la niña corresponde a la edad cronológica en que transcurre. No hay claridad aún sobre el concepto de mentira, esto es entendible por la edad en que transcurre, la niña es fantasiosa lo cual corresponde a la etapa evolutiva en que se encuentra, la madre refiere que la niña suele decir mentiras con frecuencia. Por la corta edad también puede ser fácilmente sugestionable o influenciado por personas del medio.

(...)

CONCLUSIONES

El estado mental de la niña LSRE es el esperado para la edad cronológica en que transcurre.

La madurez psicológica de la niña LSRE corresponde a la edad cronológica en que transcurre.

Determinar el grado de credibilidad no es una labor que corresponda al psicólogo Forense, es la respectiva autoridad judicial quien con todo el acervo probatorio puede llegar a este tipo de conclusiones y análisis.

Determinar si las versiones de la niña corresponden a la realidad es un concepto al cual debe llegar la respectiva autoridad judicial con todo el acervo probatorio que le es allegado. No se cuentan con elementos técnicos, ni científicos para determinar si la niña ha sido inducida para narrar lo que se ha referido.

- Copia de la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación e imposición medida de aseguramiento (Fls. 52 a 55 C. 1).

El día 24 de junio de 2010 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Supía - Caldas con Función de Control de Garantías, se llevó a cabo la audiencia de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de "acto sexual con menor de catorce años" e imposición de medida de aseguramiento, y no se interpuso recurso contra la misma.

"(...) 3. IMPOSICION MEDIDA DE ASEGURAMIENTO:

El señor Fiscal solicita para el imputado, detención preventiva en establecimiento carcelario, ya que se dispone de elementos materiales probatorios y el imputado tiene sentencia condenatoria vigente.

El defensor manifiesta que se opone a esta medida, que considera que debe de primar la libertad como lo consagra la Constitución Política, además se está en los albores de la investigación, se está ante una acusación de hechos narrados por una niña de tres años, que apenas está en desarrollo, guardando dudas sobre el dictamen rendido por el sicólogo, ya que estos no tienen experiencia. Se debe de basar en inferencias razonables para imponer esta medida.

El despacho impone al imputado detención preventiva en establecimiento carcelario, basado en los artículos 306, 303 y 308, numeral 2°, además de que no se ha vulnerado normatividad nacional, ni internacional, este es un delito de oficio que la pena superaría cuatro años. (...)"

Con ocasión a la decisión en mención, se expide la correspondiente boleta de encarcelación o detención (Fl. 56 C. 1).

- Copia del escrito de acusación y audiencia de formulación de acusación del 21 de julio de 2010 contra de señor Jaime Antonio Escobar Restrepo (Fls. 63 a 66 C. 1):

"(...) El señor Jaime Antonio Escobar Restrepo convivía en unión libre con doña Diana Julieth Espinosa Ayala, durante tres años aproximadamente. En el hogar, ubicado en Supía, además de la pareja vivía la niña LAURA SOFÍA RINCÓN ESPINOSA, hija e doña Diana Julieth (no del acusado) y nacida en Salamina (Caldas) el 23 de julio de 2006. El día 31 de marzo de 2010 la menor se encontraba con don Jaime Antonio en la sala de la casa y la mamá de la niña se hallaba en una de las habitaciones, cuando desde allí escuchó que Laura Sofía decía "PAPI ASÍ NO"; por tal razón la progenitora le preguntó lo que pasaba, pero la niña, asustada, dijo que nada. Esa misma noche Diana Julieth le contó lo ocurrido a una vecina, doña CLAUDIA MILENA UPEGUI ARCILA, quien se ofreció a dialogar con la menor. Efectivamente, al momento, la vecina se ganó la confianza de la pequeña y la auscultó sobre su relación con Jaime Antonio, a lo que aquella le dijo que él le quitaba la ropa y la tocaba (dice la testigo que la niña señalaba su área genital), que eso le

dolía y que además le "chupaba trompa". Agregó que no le contaba eso a la mamá por temor a que le pegara.

Ante el psicólogo de la Secretaría de Salud del municipio de Supía, la menor de edad hizo un relato muy similar al que compartiera con la vecina, pues en esta oportunidad, al referirse at Jaime Antonio Escobar, la infante aseguró: "él es mi papá pero él me chupa trompa y me toca aquí (la niña señala su zona erógena).

Por estos hechos la Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, el día 24 de junio de 2010, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Supía (como Juzgado de Control de Garantías), le formuló imputación al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, cargos que el referido NO ACEPTO

Por todo lo anterior, la Fiscalía 2ª Seccional de Riosucio, Caldas, presenta escrito de acusación en contra de JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO, por la siguiente conducta punible que define el Código Penal (L. 599 de 2000)" (...)"

- Copia de la audiencia pública de formulación de acusación en contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo de 28 de julio de 2010 (Fls. 70 a 72 C. 1).
- Copia de la audiencia pública preparatoria del juicio oral (Fls. 76 a 80 y 100 a 101, y 116 a 118 C. 1):

"(...) Se emite el sentido del fallo, que será condenatorio y que se argumenta de la siguiente manera:

De las pruebas obrantes en el proceso, se puede extractar que resulta aceptable para la señora jueza los argumentos de la fiscalía, toda vez que los informes periciales aportados permiten ver que en verdad existieron sobre la víctima, actos sexuales, que demuestran la ilicitud de la conducta, pues inclusive con la presentación del informe psicológico presentado por la defensa, también se puede determinar la ocurrencia del hecho. La imputación fue hecha por el delito de actos, mas no de acceso, por lo que las argumentaciones de la defensa en el sentido de que el himen de la menor estaba intacto, en verdad poco afecta la decisión tomada.

La declaración de la menor, se puede establecer, que fue hecha con profesionalismo y de ella se puede evidenciar que no hay ánimo de retaliación, mentiras o fantasías, desvirtuando así la teoría de la defensa con relación a el síndrome de alienación parental, todo lo anterior sustenta la condena al señor JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO.

Sobre las condiciones personales, sociales y familiares están dados en la carpeta, que el procesado tiene sentencia condenatoria, como antecedente y que conforme al código de infancia y adolescencia o no es posible ningún subrogado o beneficio.

La defensa dice que las condiciones del encartado están en la carpeta y pide que la pena se parta del mínimo posible.

La fecha para la lectura de la sentencia será el día 13 de abril del 2011 a las 8:00 de la mañana. No hay objeciones por los comparecientes.

Las decisiones quedan notificadas en estrados. (...)”

- Copia de la sentencia de primera instancia: El día 13 de abril de 2011, el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio — Caldas llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia condenatoria en contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años (Fls. 122 a 139 C. 1):

Descendiendo al caso de autos tenemos (...)

1. JHON JAIME CHICA BURITICA. Agente de la Policía Nacional, Unidad de Investigación. Quien cuenta que el día el día primero (1) de abril de dos mil diez (2010), la señora Diana Julieth Espinosa Ayala presentó denuncia penal en contra del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, en los siguientes términos textuales. "Todo empezó el día de ayer 31 de marzo que mi hija Laura Sofía Rincón se encontraba con mi esposo en la sala de mi casa y yo me encontraba en la pieza y escuchaba yo que mi hija decía "papi así no", ahí yo la llame a Laura Sofía y le pregunte qué ¿Qué pasaba? La niña toda asustada me dijo que no pasaba nada, ya que después ese mismo día cerca de las nueve (9) PM yo me coloqué a hablar con una amiga Claudia, no me le sé el nombre a ella pero es una vecina de la cuadra y le comenté lo raro que pasó en las horas de la tarde de con la niña con el padrastro JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO, entonces mi amiga Claudia me dijo que le iba a preguntar a la niña y le gastó un juguito y le preguntó que si el papá JAIME la tocaba en sus partes íntimas, entonces la niña le dijo a mi amiga Claudia que tenía miedo de decir porque de pronto yo le pegaba a ella, luego mi amiga la convenció y le dijo a mi hija Laura que no le iba a pasar nada, que antes la íbamos a escuchar y ahí fue cuando dijo que su papá la tocaba allá (señalando sus parte íntimas a Claudia), señalando su vagina y que cuando él la tocaba le dolía mucho, también que le daba besos en su boca, ..."

(...)

3. CLAUDIA MILENA UPEGUI ARCILA. Dice que conoce a Diana Julieth desde diciembre de 2009 por que fueron vecinas desde esa época, que sabe que ella vivía allí con el señor Jaime y sus dos hijos, un niño pequeñito y una niña como de cuatro añitos. Que no recuerda el nombre, pero la conoce, que solo una vez hablo con la niña, porque la mama le dijo que le hiciera una pregunta, que no recuerda cuando ocurrió esto, pero que le dijo que le preguntara a la niña si el papá le daba picos y que si la acariciaba, que por que a ella no le quería decir nada. Que la preguntarle "la niña señaló todo el cuerpo y ya".

(...)

6. Dr. JAVIER MANUEL ZEA ACOSTA. Psicólogo clínico, funcionario

de la Alcaldía Municipal de Supía, Caldas. Informa que valoró a la menor, por petición de un funcionario de la unidad de Investigación criminal de Supía, Caldas, por un posible caso de acto sexual abusivo con menor de 14 años. Que a su despacho se presentaron la madre y la menor, después de haber presentado denuncia penal en la Comisaria de

Familia, razón por la cual entrevistó a las dos. Sobre la metodología utilizada dijo que aplicó "examen mental", "entrevista psicológica" y "análisis de contenido basado en criterios", con los cuales es posible establecer el estado mental de la menor, lo que permite determinar si el testimonio de la menor ha sido manipulado, si tiene tendencia a fantasear, por la menor edad de la niña, y si existen otras situaciones impactantes que puedan llegar a influir en su testimonio. Sobre la entrevista dijo que "después de establecer un adecuado nivel de confianza, la menor me relato ciertos eventos, entre los cuales, como la persona aquí investigada la besaba en la boca y la tocaba"

Que, ante su presencia, la niña se mostró bastante retraída, perturbada, Que la menor entrevistada le dijo que "él es mi papá, pero el me chupa trompa y me da besos aquí, lleva sus manos al área genital.

Ante preguntas de la defensa sobre la metodología utilizada señala que se dice que la prueba es semiestandarizada para Colombia, porque no se aplica a todas las personas. Sobre que enfoque le da a los informes que rinde, dice que desde el punto de vista de la psicología, se puede trabajar desde un enfoque general, forense, que así lo determina la metodología utilizada. Que cuando la menor ingresó, por la edad, se empezó a hablar con la madre sobre temas generales, ya después para tratar el tema en particular, se habló con la madre y la menor por separado. Que cuando se entrevistó a la madre en compañía de la menor no se tocaron temas del abuso sexual. Que cuando entrevistó a la menor sin la presencia de su madre, se mostró agresiva, violenta, que en presencia de su madre cambio, se mostró calmada.

Concluye que el relato de la menor reviste alta credibilidad, y que se percibe un grado de afectación o perturbación psicológica alto, que la menor muestra manifestaciones de estrés pos trauma (llanto continuo, retraimiento, miedo, ansiedad), que su relato fue abierto y espontáneo. Reconoce como propio el informe psicológico en cinco (5) folios.

(...)

3. Pruebas de la defensa.

1. Luz Estella Paipilla Jiménez

(...)

Sobre la versión que rindió la niña sobre los hechos, aclaro que transcribió en forma textual lo que la niña le contestó y procedió a leerlo:

(...)

Que en la entrevista "la niña señala de manera espontánea que el señor Jaime le tocó la vagina y le metió el dedo en la vagina, la niña señala el área genital cuando expresa esa situación, que en la entrevista puede verse que la niña no es temerosa ni ansiosa al hablar al respecto no se observa como parte de algo aprendido y cuando hace referencia a estos hay respaldo emocional acorde. No es muy descriptiva en los detalles, no hay referencia clara en aspecto de modo y lugar posiblemente por el mismo desarrollo cognitivo y por la edad se le dificulta internalizar conocimiento de las fechas, el lenguaje que utiliza es apropiado su edad. Que la niña tiende a responder de acuerdo a lo que se le dijo que para realizar la entrevista utilizó el protocolo establecido en Medicina legal y que llegó a la siguiente conclusión que lee textualmente:

"El estado mental de la niña LAURIA SOFIA RINCON ESPINOSA es el esperado para la edad cronológica en que transcurre. La madurez psicológica de la niña LAURA SOFIA RINCON ESPINOSA corresponde a la edad cronológica en que transcurre.

Determinar el grado de credibilidad no es una labor que corresponda al

psicólogo forense, es la respectiva autoridad judicial quien con todo el acervo probatorio puede llegar a este tipo de conclusiones y análisis.

Determinar si las versiones de la niña corresponden a la realidad es un concepto al cual debe llegar la respectiva autoridad judicial con todo el acervo probatorio que le es allegado. No se cuentan con elementos técnicos ni científicos para determinar si la niña ha sido inducida para narrar lo que se ha referido. (...)

En primer término analizaremos la declaración rendida por la doctora Luz Stella Paipilla Jiménez, Sicóloga forense, funcionaria del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Regional Occidente, quien informó que examinó a la menor a solicitud de la Defensoría Pública, el día doce (12) de noviembre de 2010, y de quien de entrada se dirá merece toda nuestra credibilidad, pues se trata de una profesional en el área, tal como quedó acreditado en el proceso, y que no tiene ningún interés personal en su resultado. Sobre la técnica utilizada señaló que desarrollo la implementada por el Instituto Nacional de Medicina Legal.

Cito en primer término su testimonio, porque considero que, a pesar de ser testigo de la defensa, fue su declaración la que mayor certeza arrojó sobre los hechos investigados, veamos como si bien es cierto fue enfática al decir que no le era dado determinar el grado de credibilidad del testimonio rendido por la menor, ni pronunciarse sobre si sus versiones corresponden a la realidad, ya que considera son decisiones que debe adoptar la autoridad respectiva, fue clara al decir que la menor en su declaración, a pesar de su corta edad, 4 años, fue espontánea al momento de decir que el señor JAIME ANTONIO le tocó la vagina y le metió el dedo en la vagina, que la niña le señaló el área genital cuando le contó lo ocurrido, que la niña en la entrevista no se mostró temerosa ni ansiosa al hablar de lo ocurrido, ni se observó que su relato obedeciera a algo aprendido, y que aun cuando no fue muy descriptiva en los detalles, pues no hace referencia clara a aspectos de modo y lugar, lo cual atribuye a su corta edad, el lenguaje que utilizó fue el apropiado para su edad.

(...)

Ahora, resulta evidente para esta funcionaria judicial que la versión dada por la menor, y vertida textualmente por esta perito en su condición de psicóloga forense, en desarrollo del juicio oral y público que aquí se adelantó, constituye prueba técnica pericial, y que conforme lo establece el artículo 405 de la Ley 906 de 2004, se debe apreciar, tal como atrás se hizo, de acuerdo a las reglas dadas para analizar el testimonio, pues es bien cierto, y así lo ha dicho la jurisprudencia en varios pronunciamientos, verbi gracia el aquí antes citado, que si bien esta profesional no presencié los hechos, si escuchó de viva voz y valoró, de acuerdo a sus conocimientos técnicos, la narración de los eventos hechos por la menor, y las circunstancias de modo y lugar en que los mismos se presentaron. En este evento, el relato de la menor es coherente, creíble y el vocabulario usado está acorde con su edad.

(...)

Valga resaltar también de este informe, que si bien la madre de la menor en la entrevista rendida ante esta misma perito hizo un recuento fidedigno de los hechos que originaron el presente proceso, al final manifestó su deseo de no continuar con el mismo: "yo creo que eso es mentira, porque ella es muy mentirosa, a veces resulta llorando y dice que le pegaron y mentiras que nadie la ha pegado. El lleva cinco meses en la cárcel, yo fui a retirar la demanda y no me aceptaron. Nunca

escuche que él la acariciara fuerte, o que ella se negara a las caricias del él".

Manifestación esta que coincide con lo narrado por la menor en su versión, en cuanto dijo que su mamá le había dicho que no contara lo ocurrido, recordemos lo dijo la menor a la perito.

(...)

Situación está que considero, desvirtúa la teoría de la defensa en cuanto a que se trata de una venganza orquestada por la señora DIANA JULIETH, ante el abandono del hogar del señor JAIME ANTONIO, pues si bien es evidente que la señora DIANA JULIETH al ver lo que ocurría, esto es, que su compañero estaba efectivamente privado de su libertad, quiso retractarse de lo dicho, la menor a pesar de su corta edad, y en consecuencia sugestionable, mantuvo su versión de los hechos, no atendió las peticiones de su madre, lo que me lleva a reafirmarme en que efectivamente ocurrieron los mismos, de que otra forma se explica que una niña de tan corta edad sea tan contundente en punto a señalar el autor de los actos sexuales que padeció, mostrando además sentimientos encontrados respecto a esta persona que reconoce como su padre.

(...)

Segundo testimonio a valorar, el rendido por el Dr. JAVIER MANUEL ZEA ACOSTA, psicólogo clínico, funcionario de la Alcaldía Municipal de Supía, Caldas, del cual debo decir, que merece total credibilidad, pues quedo suficientemente acreditada su idoneidad y capacidad para rendir el experticio aquí presentado.

(...)

La señora CLAUDIA MILENA UPEGUI ARCILA, aun cuando se mostró prevenida y cautelosa en su declaración, confirmó lo dicho por la representante legal de la víctima en cuanto a que ella le solicito que indagara a la niña sobre los presuntos tocamientos de parte de su padre.

(...)

Finalmente habrá que decir que no tiene asidero alguno la tesis traída por la defensa referente a la "falsa denuncia de abuso sexual" de la señora DIANA JULIETH, por venganza, cuyo sustento científico lo encuentra la defensa en el "síndrome de alienación parental", pues como el bien lo dijo en su exposición tal síndrome lo padece la misma compañera sentimental, no sus hijos, como en el presente caso.

Analizado el injusto penal que ha de atribuírsele a JAIME ANTONIO ESCOBAR RESTREPO, deviene el reproche de culpabilidad, sobre la base de las categorías de la imputabilidad y exigibilidad, dada su capacidad de comprensión y determinación para obrar, sus condiciones psicofísicas, sociales y culturales que le permiten comportarse conforme a derecho. (...)

- Copia de la sentencia de segunda instancia de fecha de 3 de septiembre de 2014, Tribunal Superior de Manizales — Sala Penal mediante la cual revocó la sentencia proferida en primera instancia, y resolvió absolver al acusado señor Jaime Antonio Escobar Restrepo del delito de actos sexuales con menor de catorce años (Fls. 173 a 183 C. 1):

"(...) Conocida, las argumentaciones del a quo en su sentencia y las

manifestaciones del persecutor penal y de la defensa en el juicio, la Sala concluye que la razón está de parte del apelante, porque de las pruebas aducidas no se llega a la irrefutable conclusión de que Jaime Antonio haya efectuado los actos de que dan cuenta los profesionales Javier Antonio Zea Acosta y Luz Stella Paipilla Jiménez, porque en verdad reina un estado de aporía, como enseguida se verá.

(...)

3.- Lo que viene de decirse, tiene como precedente, de un lado, el informe suscrito por Karen Oriana Fernández Quiroz, trabajadora social de la Comisaria de Familia de Supía¹, -primera persona con formación profesional en ocuparse del caso, en el que menciona la plática sostenida con L.S., en una de cuyos apartes se lee: "qué le hace el papá, me pega con una correa y que me toca (la niña señala la vagina y el pecho); al preguntarle que cuándo fue eso, la niña responde que ayer y que mañana; se empezó a hablar con la niña sobre otro tema y se le volvieron a hacer las mismas preguntas a lo que responde que Jaime no le hace nada; al tener la niña tan poca edad, se torna difícil la investigación porque la niña no siempre dice lo mismo" (acentos fuera de texto), extracto en el que se aprecia confusión en su ubicación en el tiempo -lo que común en niños, sin que por ello sean descalificados- y que no reafirma el señalamiento de las supuestas palpaciones, objeto del proceso.

De otro lado, aparecen las versiones de las señoras Diana Julieth Espinosa Ayala -madre de la presunta víctima- y Claudia Milena Upegui Arcila -vecina-, los que no ofrecen eficacia probatoria seria. La primera, porque al sospechar de alguna actitud abusiva de parte de su compañero, lo averigua con la infante y esta lo niega, lo que ilustra, o que los mismos no ocurrieron o que la menor no le tiene confianza; por lo demás, la misma dama le hizo saber a la psicóloga Paipilla Jiménez, que "tenía sus dudas" sobre la real ocurrencia del abuso², y esta profesional al transcribir lo dialogado con la impúber informa que ésta se quejaba de que la mamá le decía que era mentira que él la tocara, así como también da cuenta de que ella -la madre- vio cuando el papá le metió el dedo en la vagina, naciendo así contradicciones insalvables, pues si la niña nada le contó a su progenitora ¿cómo aceptar que ésta trataba de verificar su sospecha para lo que acudió a su vecina, siendo que según L.S., ella era testigo presencial, lo que niega? La confusión e incertidumbre reina este subtema.

Y respecto de la segunda -Claudia Milena, vecina y receptora de la primera información del hecho. - dada su parquedad poco aporta para esclarecer el caso. En efecto, aparte de inducirle la respuesta al inquirirla si el papá le daba picos y la acariciaba, la niña le contesta que sí, que le daba picos y la abrazaba y le señaló la cara y el cuerpo hasta las piernas.

(...)

Pero lo anterior no concuerda con lo que relata la doctora Paipilla Jiménez, en el sentido de que la niña refiere que el papá, en presencia de la mamá, le metió el dedo en la vagina. ¿Cómo entender que Diana Julieth no recibe una respuesta afirmativa sobre los tocamientos, de parte de L.S. "porque de pronto le pegaba"⁴, pero al hablar con la perito la niña aduce más que tocamientos -introducción de dedos en la vagina- con la presencia de su madre en ese momento?

(...)

5.- Finalmente, con el alzado hay que convenir en que la sentencia se cimentó en prueba de referencia no atendible, porque la víctima no acudió al juicio, de modo que permitiera conocer lo que en realidad

ocurrió y así tratar de salvar las diferencias irreconciliables que se observan en las experticias de los psicólogos actuantes. Lo anterior tiene fundamento, de una parte, en que Luz Stella Paipilla Jiménez en un sano y correcto criterio, no toma una posición, visión o conclusión definitivas, sino que se limita a exponer su trabajo en el que destaca la situación particular de la menor, con la que habló por largo tiempo, lo que le permitió emitir conceptos sobre su etapa evolutiva, que la hace fantasiosa, sugestionable o influenciada, llevando al operador judicial a concluir que el dicho de L.S. sobre supuestos tocamientos no es confiable.

(...)

Lo dicho en antecedencia no significa que la Sala varíe de criterio sobre el tema específico de la aceptación de las declaraciones e informes de peritos, quienes recibieron en forma directa lo recordado por una víctima, convirtiéndose así en prueba directa de lo que les fue relatado, lo que acompasado con su criterio profesional permite arribar a una conclusión definitiva sobre la existencia de un abuso sexual.

Sólo que este no compagina con tal razonamiento, que aquí reina la incertidumbre, la que se acrecienta con la intervención de tres auxiliares, la trabajadora social Fernández Quiroz, el psicólogo clínico Zea Acosta y la psicóloga forense Paipilla Jiménez, quienes aportaron datos de la menor, de su progenitora y de sus vidas en familia que no concuerdan entre sí y que en sí mismos considerados, no ofrecen confiabilidad para declarar sin duda alguna que Escobar Restrepo realizó actos sexuales sobre la niña L.S. (...)"

Una vez relacionadas las pruebas de mayor relevancia en este asunto, se procede a estudiar de fondo los requisitos e imposición de medida de aseguramiento en este caso.

5. De la medida de aseguramiento contenida en la ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal)

Debe decirse, en primer lugar, que el proceso penal se llevó a cabo bajo la vigencia de la ley 906 de 2004, y los artículos 306, 307 y 208, vigentes al momento de los hechos disponen:

“Artículo 306 El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente.

Escuchados los argumentos del fiscal, Ministerio Público y defensa, el juez emitirá su decisión

La presencia del defensor constituye requisito de validez de la respectiva audiencia

"Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

- 1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.*
- 2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;*
(...)"

Y frente a los requisitos para el decreto de la medida de aseguramiento el artículo 308 ibidem prescribe:

"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 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".*

Con relación a la constitución de un peligro para la sociedad, el artículo 310 contempla:

"ARTÍCULO 310. Para estimar si la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la comunidad, será suficiente la gravedad y modalidad de la punible. Sin embargo, de acuerdo con el caso, el juez podrá valorar adicionalmente alguna de las siguientes circunstancias:

- (...)*
- 2. El número de delitos que se le imputan y la naturaleza de los mismos*
(...)

Queda claro de la lectura de los artículos en mención que, el Fiscal es quien solicita al Juez de Control de Garantías la imposición de medida de aseguramiento y que éste la puede decretar cuando de los elementos probatorios y evidencia física se pueda inferir que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, y cuando cumpla con uno de los requisitos enunciados, como que la medida se muestre necesaria para evitar que se obstruya el ejercicio de la justicia, cuando constituya peligro para la seguridad de la sociedad o que resulte probable que no comparecerá al

proceso o no cumplirá la sentencia; y, en el caso de que resulte un peligro para sociedad, resulta suficiente la gravedad y modalidad, también el Juez puede valorar la naturaleza del delito que en este caso se trata de uno de naturaleza sexual causado a un menor de edad.

6. De los supuestos fácticos que sirvieron de fundamento para dictar la medida de aseguramiento contra el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo.

Basta con señalarse por parte de esta Sala que los hechos y pruebas que sirvieron de fundamento para imponer la medida de aseguramiento al ahora demandante partieron de la denuncia que hace la madre de la menor LSRE de tocamientos del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo hacia ésta; lo que dio inicio a la investigación penal, en la cual la menor rinde su versión ante profesionales en psicología, en los cuales afirma que el mentado señor la tocaba en sus partes íntimas y la besaba.

Ello sumado a valoraciones psicológicas, en las que se concluye que menor LSRE presenta estrés post traumático, que su versión es coincidente al afirmar que su padrastro, el señor Escobar Restrepo la tocaba y besaba; que su relato tiene alta credibilidad y es espontáneo; y que presenta un grado de afectación psicológica alto; y que, posterior a la denuncia su madre le decía que no siguiera diciendo que su padrastro, señor Escobar Restrepo la tocaba.

También se encuentran dentro del proceso informes que dan cuenta que la madre de la menor, señora Diana Julieth Espinosa Ayala presenta dependencia afectiva y económica hacia el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo; y, una de las pruebas de la defensa del mencionado señor dentro del proceso penal, fue el testimonio de la Psicóloga Forense funcionaria del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, especialista en neuropsicología, quien expuso que, no ve un vínculo fuerte entre la madre y la hija, lo cual la hace independiente; y que, su relato es espontáneo y no aprendido.

7. De la naturaleza del delito imputado, y de la protección de los derechos a los menores niños, niñas y adolescentes.

No puede desconocer esta Sala de decisión que, en el presente asunto se estudia la imposición de una medida de aseguramiento de detención preventiva originada en la imputación de un delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años, cuyo sindicado es quien era el compañero sentimental que convivía con la madre de la menor de 3 años afectada, y quien hacía de padre de la misma por ser a su vez el padre de su hermano; donde se discuten delitos de naturaleza sexual, lo cual implica una especial protección por parte del Estado, y todos sus agentes a las víctimas menores de edad, tal como lo dispone el ordenamiento jurídico contenido en la Ley 1098 de 2006 o Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual fue producto de un largo esfuerzo por parte de diferentes actores que concurrieron en el impulso de un cuerpo normativo imprescindible para un grupo poblacional que, desde el derecho internacional de los derechos humanos y el marco constitucional introducido por la Carta de 1991, exigía un tratamiento acorde con sus particularidades, en un escenario de *protección integral*. En este sentido resulta ilustrativa la exposición de motivos del proyecto de ley estatutaria No. 085 de 2005 Cámara²⁹, que culminó con la aprobación en el Congreso de la Ley 1098 de 2006, y que reseña que desde el año 1994 organizaciones internacionales como la Unicef, entidades nacionales como la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y comisiones específicas, trabajaron para derogar el anterior Código del Menor, el Decreto 2737 de 1989, expedido bajo la doctrina de “*la situación irregular*”³⁰, en aras de dar un paso normativo fundamental en la reivindicación de los menores como individuos titulares de derechos y a quienes debe reconocérseles su dignidad y, en consecuencia, autonomía para intervenir también en la construcción propia de sus planes de vida.

El enfoque actual de la normativa aplicable a los menores de edad, niños, niñas y adolescentes, parte de su consideración como sujetos de especial protección por parte de la familia, el Estado y la sociedad, dadas las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran, asociadas, entre otras razones, al proceso de maduración físico, intelectual y ético en el que se encuentran, aún no concluido. Por tal motivo, la finalidad que subyace a la normativa especial en su favor, que parte de su capacidad como sujetos de derechos, es garantizar su desarrollo armónico e integral, para contar con miembros libres, completamente autónomos y partícipes de la sociedad democrática en el futuro.

Dentro del contexto normativo tendiente a garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo, se estableció el derecho a la integridad personal en su artículo 18 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 18. DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, **sexual** o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona”.

De igual manera, en el Código de Infancia y Adolescencia en los artículos 192 a 200, estableció un procedimiento especial para los casos en los que los niños, las niñas o los adolescentes fueran víctimas de delitos. De manera precisa, el artículo 199 fijó unas reglas para los casos de delitos en contra de los menores y relacionados con la formación sexual:

“ARTÍCULO 199. BENEFICIOS Y MECANISMOS SUSTITUTIVOS. Cuando se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y **formación sexuales**, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Si hubiere mérito para proferir medida de aseguramiento en los casos del artículo 306 de la Ley 906 de 2004, esta consistirá siempre en detención en establecimiento de reclusión. No serán aplicables en estos delitos las medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307, literal b), y 315 de la Ley 906 de 2004.

2. No se otorgará el beneficio de sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la de detención en el lugar de residencia, previsto en los numerales 1 y 2 del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

3. No procederá la extinción de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad previsto en el artículo 324, numeral 8, de la Ley 906 de 2004 para los casos de reparación integral de los perjuicios.

4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el artículo 63 del Código Penal.

5. No procederá el subrogado penal de Libertad Condicional, previsto en el artículo 64 del Código Penal.

6. *En ningún caso el juez de ejecución de penas concederá el beneficio de sustitución de la ejecución de la pena, previsto en el artículo 461 de la Ley 906 de 2004.*

7. *No procederán las rebajas de pena con base en los “preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado”, previstos en los artículos 348 a 351 de la Ley 906 de 2004.*

8. *Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.*

Parágrafo transitorio. En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva.” (Subraya la Sala).

Nótese como el legislador, dentro de su libertad configurativa, fijó de manera clara la imposibilidad de conceder beneficios al momento de imponer medida de aseguramiento en los casos de delitos relacionados con la formación sexual, cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, como lo constituyó el hecho por el cual fue procesado el señor Jaime Antonio Escobar Espinosa.

De esta manera, de acuerdo a las normas expuestas, para esta Sala, las autoridades contaban no sólo con un elemento cierto que, para el momento de la imposición de la medida de aseguramiento, los hacía presumir de la comisión del delito, elemento constitutivo no solo en la denuncia de la madre, sino en las declaraciones de la menor y sus valoraciones psicológicas; así como la versión de la señora Claudia Milena Upegui Arcila, que a pesar de ser una testigo de oídas, fue una de las personas a las cuales la menor le contó sobre los tocamientos que le hacía el señor Escobar Espinosa; y si bien es cierto que al final del proceso se hace alusión a que la madre de la menor quería retirar la denuncia, y manifestaba que no estaba segura de los hechos ocurridos; lo cierto es que, la versión de la menor incluso decía que la madre evidenció los tocamientos; y, la valoración psicológica que se hace de la madre da cuenta de

la dependencia afectiva y económica del señor Escobar Restrepo, sumado a que dentro del proceso, además de ventilarse situaciones de maltrato entre la pareja; también se evidencia que el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo había amenazado a la denunciante madre de la menor LSRE y que, por ello posiblemente quería retractarse de la denuncia; además de ser éste el padre de su hijo menor.

También es cierto que, dentro del proceso no se descarta que la menor haya sufrido vulneración en su integridad por haber sido víctima de tocamientos en sus partes íntimas, y contrario a ello, los profesionales en psicología coinciden en afirmar que la menor presenta estrés pos traumático y afectación psicológica.

Es necesario resaltar que el fallo de primera instancia proferido dentro del proceso penal, consideró que habían elementos suficientes para declarar culpable al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo y condenarlo por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, en perjuicio de la menor LSRE; y en la sentencia da credibilidad a las versiones rendidas por la menor, así como a la valoración de los profesionales en psicología; y refiere que si bien la madre se quiso retractar de la denuncia, ello se entiende por la dependencia económica respecto del señor Escobar Restrepo, quien no sólo era su compañero permanente, sino el padre de su hijo menor. Y, expresamente indica que no tiene asidero la tesis de su defensa, en que la denuncia es falsa, buscando la madre de la menor una retaliación contra el acusado, por el diagnóstico que de éste se hizo con el síndrome de alienación parental.

Otra es la situación que ocurre al momento de proferir una sentencia absolutoria, donde la Sala penal en segunda instancia consideró que con las pruebas aportadas en el proceso, no se llegaba la irrefutable conclusión que el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo haya efectuado los actos que dan cuenta los profesionales en psicología; cuestiona las versiones de la madre, de la menor, e incluso, las valoraciones de los profesionales; y consideró que, ante la “*duda insalvable*”, se imponía la absolución del acusado.

Resalta la Sala que, para el momento de imposición de la medida, para las autoridades resultó ser suficiente no sólo la acusación que hizo la madre de la menor LSRE, sino también, la versión de la señora Claudia Milena Upegui Arcila; el relato de la menor ante varios profesionales de psicología, y, las valoraciones

de los mismos, con las que encuentra respaldo la versión de la menor; encontrándose la medida impuesta ajustada a la ley no solo penal, sino al Código de Infancia y Adolescencia, donde no se establece otra alternativa en los casos de delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes, tal como el caso de estudio.

Entonces, a la luz de las normas mencionadas, encuentra esta Sala que, las autoridades accionadas sí contaban con elementos materiales probatorios, como las versiones rendidas previas al juicio oral, los informes psicológicos de las valoraciones realizadas a la menor que dan cuenta de los tocamientos que padecía, y de la afectación psicológica y estrés pos traumático; por lo que no puede considerarse que hubo una privación injusta de la libertad, ya que se reunían los elementos necesarios para la imposición de la medida de aseguramiento, por cuanto al momento de imposición de dicha medida, se itera, existían elementos más que suficientes, que permitían inferir razonablemente que el imputado era autor del delito denunciado por su propia compañera sentimental y madre de la menor; y no puede perderse de vista que, para la imposición de la medida no se exige certeza de la comisión del delito imputado en las condiciones inicialmente investigadas; cosa distinta es que, las pruebas que generaron dudas al juez penal, fueron recaudadas en la etapa del juicio oral.

Ahora, la parte demandante en su escrito de apelación, hace un reproche relacionado con la denuncia de la madre de la menor, señora Diana Julieth Espinosa Ayala, y cuestiona que, la Juez de primera instancia no haya estudiado a fondo los hechos que dieron origen a la denuncia penal, de los cuales afirma, ocurrieron como venganza de la denunciante, constituyendo una falsa denuncia; ante lo cual se deja presente que, dentro del medio de control de reparación directa por privación injusta de la libertad, no tiene el Juez la facultad de calificar como falsa una denuncia que fue presentada ante la jurisdicción penal, y que no ha sido determinada como tal por la autoridad competente; y lo que estudia es, el material probatorio que se aporta por las partes, con el fin de determinar si las autoridades incurrieron o no en una falla en la prestación del servicio por la privación de la libertad del demandante.

Tampoco se centra esta discusión en la revisión del caso penal como tal, con relación a la denuncia de la madre de la menor que es cuestionada en el recurso de apelación, y, existe un informe de valoración psicológica que explica el por

qué la madre de la menor LSRE quería retractarse de la denuncia, ello debido a su dependencia afectiva y económica del señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, y a que éste la había amenazado; pues sus versiones y las de la menor, eran inicialmente consistentes y coherentes, guardando relación con lo que habían advertido los profesionales previamente de su conducta y estrés pos traumático de la menor.

Así pues, para esta Sala de decisión, no existe ningún reproche jurídico frente a la medida de aseguramiento y su permanencia en el curso del proceso penal, ni se encuentra responsabilidad de las demandadas en este caso, pues la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, Sala Penal de decisión que absolvió al señor Jaime Antonio Escobar Restrepo se centró en que no existían los elementos necesarios que aportaran certeza y convicción sobre la comisión del delito en cabeza del mentado señor, de manera que, en un análisis objetivo de las situaciones mencionadas, no hay lugar a declarar la existencia de la privación injusta de la libertad, no obstante la absolución; y, tampoco se ha establecido que el hecho que pretendía imputarse no existió, o que la conducta fuera atípica. Y, dejando presente que, la medida de aseguramiento se mantuvo en virtud de la sentencia condenatoria de primera instancia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas el 13 de abril de 2011.

Por lo expuesto, pese a que en este asunto no hay discusión de la privación de libertad de la que fue objeto el demandante, ello en virtud de la medida de aseguramiento impuesta, y que ésta finalizó con una sentencia absolutoria en favor suyo; para la Sala ese daño no se reputa antijurídico; pues la medida de aseguramiento se dictó, como ya se dijo, con el cumplimiento de los requisitos legales para ello, en especial, en atención a los postulados del Código de Infancia y Adolescencia que así lo dispone en estos casos, no advirtiéndose en este caso una actuación desproporcionada o carente de razonamiento al momento de imposición de la medida de aseguramiento.

8. Defectos fáctico y procedimental.

Otro de los motivos de inconformidad con la sentencia proferida en primera instancia por parte del apelante es que, dicha sentencia incurrió en defectos procedimental y sustantivo, así como vulneración del principio de confianza

legítima, por el desconocimiento de sentencias proferidas por el Consejo de Estado en casos de privación injusta de la libertad.

Frente al defecto procedimental y sustantivo, la Corte Constitucional¹² en sentencia T – 401 de 2019 ha precisado:

“(…)

6. El defecto procedimental.

La jurisprudencia constitucional¹³ ha considerado que el defecto procedimental encuentra su fundamento en los artículos 29 y 228 de la Carta, puesto que se relaciona directamente con los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia y además, con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental¹⁴.

Esta Corporación en reiterados fallos ha establecido que existen dos modalidades del defecto procedimental, a saber: (i) el defecto procedimental absoluto, que ocurre cuando el juez de instancia actúa completamente al margen del procedimiento constituido, es decir, se desvía ostensiblemente de su deber de cumplir con las “formas propias de cada juicio”¹⁵, con la consiguiente vulneración o amenaza a los derechos fundamentales de las partes. En estas circunstancias, el error procesal debe ser manifiesto, debe extenderse a la decisión final, y no puede ser en modo alguno atribuible al afectado¹⁶; y (ii) el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, que desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, porque convierte los procedimientos judiciales en obstáculos para la eficacia del derecho sustancial.¹⁷

Frente al defecto procedimental absoluto esta Corporación ha especificado diferentes conductas u omisiones que pueden conllevar amenazas o violaciones de derechos fundamentales, las cuales permiten la intervención de los jueces constitucionales, a saber: “el funcionario judicial pretermite una etapa propia del juicio¹⁸, da un cauce que no corresponde al asunto sometido a su competencia¹⁹, ignora completamente el procedimiento establecido²⁰, escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables al caso concreto²¹, incumple términos procesales, por ejemplo cuando la autoridad judicial restringe el término conferido por la ley a las partes para pronunciarse en ejercicio de su derecho de defensa²² o desconoce el derecho de defensa de un

¹² Corte Constitucional. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 30 de agosto de 2019. CP. Dra. Cristina Pardo Schlesinger. Expediente T – 7.213.670

¹³ Sentencia T-926 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁴ Sentencia SU-773 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁵ Sentencia SU-1185 de 2001.

¹⁶ Sentencia SU-158 de 2002.

¹⁷ Al respecto consultar la sentencia T-264 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Adicionalmente se pueden consultar las sentencias T-950 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-158 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-213 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, ver recientemente sentencia T-926 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ Ver sentencia T-996 de 2003.

¹⁹ Ibídem.

²⁰ T-289 de 2005.

²¹ Ibídem.

²² Ver sentencia T-579 de 2006. En el fallo, esta Corporación reiteró la sentencia T-1062 de 2002 e indicó: “no todo incumplimiento de un término procesal o de una norma que establece una etapa es suficiente para que se incurra en vía de hecho por defecto procedimental, pues además del desconocimiento mismo se requiere que el ejercicio del derecho de defensa se haya visto efectivamente afectado”.

sindicado en materia penal²³, omite cumplir los principios mínimos del debido proceso señalados en la Constitución, principalmente, en los artículos 29 y 228²⁴.

(...)

De manera que el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto no se configura ante cualquier irregularidad de carácter procedimental, sino que debe tratarse de una anomalía en la aplicación de las formas propias de cada juicio particularmente grave, que lleva al juez a asumir una ciega obediencia a la ley procesal en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que le asisten a las partes en contienda.

7. El defecto sustantivo como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial.

Esta Corporación ha sido enfática en señalar que el defecto sustantivo (o material) se presenta cuando “la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto”²⁵. De igual forma, se concluyó que este defecto se ha erigido como tal, como consecuencia de que la competencia asignada a los jueces para interpretar y aplicar las normas jurídicas no es completamente absoluta, aunque se funde en el principio de autonomía e independencia judicial. En cuanto esto se indicó: “[p]or tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho”²⁶.

La Corte ha identificado ciertas situaciones en las que se puede incurrir en dicho defecto:

“(i) cuando se aplica una norma que ha sido derogada y en consecuencia no produce efectos jurídicos,

(ii) cuando la norma ha sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional

(iii) cuando la norma es inconstitucional y el juez se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad;

(iv) cuando la norma no está vigente o a pesar de estarlo y ser constitucional, no se adecua a las circunstancias del caso

(v) cuando la aplicación de una norma es irracional y desproporcionada en contra de los intereses de una de las partes del proceso

(vi) cuando el juez desconoce el precedente horizontal o vertical

²³ Ver T-731 de 2006, T-697 de 2006, T-196 de 2006, entre otras.

²⁴ Sentencia T-719 de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T- 008 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T- 156 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-416 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T- 757 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

(vii) cuando la norma aplicable al caso no es tomada en cuenta por el fallador.²⁷

En suma, todas las expresiones del defecto sustantivo buscan materializar el artículo 230 de la Constitución Política, según el cual los jueces en sus providencias están sometidos al imperio de la ley, es decir “al ordenamiento jurídico como conjunto integrado y armónico de normas, estructurado para la realización de los valores y objetivos consagrados en la Constitución”²⁸. (Subraya la Sala).

De igual manera, el Consejo de Estado²⁹ se ha pronunciado sobre el defecto sustantivo, justamente por el desconocimiento de reglas jurisprudenciales en el siguiente sentido:

“(…) 13.2.- Sobre este particular, es menester señalar que el defecto sustantivo comprende múltiples circunstancias en las que la aplicación del elemento de derecho genera un error en la administración de justicia, incluyendo “desde una equivocación en la elección de la norma aplicada por parte de la autoridad judicial hasta el desconocimiento de reglas jurisprudenciales”³⁰. No en vano, la Corte Constitucional ha precisado que el citado yerro se presenta cuando una autoridad judicial: “(i) aplica una disposición al caso que perdió vigencia por cualquiera de las razones previstas por la normativa, por ejemplo, su inexecutable; (ii) aplica un precepto manifiestamente inaplicable al caso, por ejemplo, porque el supuesto de hecho del que se ocupa no tiene conexidad material con los presupuestos del caso; (iii) a pesar del amplio margen hermenéutico que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, realiza una interpretación contraevidente -interpretación contra legem- o claramente irrazonable o desproporcionada; (iv) se aparta del precedente judicial -horizontal o vertical- sin justificación suficiente; o (v) se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución, siempre que su declaración haya sido solicitada por alguna de las partes en el proceso”³¹ (Negritas propias del texto; subrayas fuera de texto).

Como puede apreciarse, en líneas generales, el defecto sustantivo se manifiesta cuando la autoridad judicial se aparta del precedente horizontal o vertical, sin que existan motivos suficientes para ello. De ahí que sea necesario exponer qué se entiende por estos dos tipos de precedentes, sin perjuicio de recordar que existen importantes diferencias entre este defecto y aquel que se configura cuando se infringe el precedente constitucional propiamente dicho.

Pues bien, la figura del precedente se refiere a aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo sometido a escrutinio judicial, a partir de la semejanza que existe entre sus supuestos fácticos y el problema jurídico, en las que su ratio decidendi se convierte en una regla jurídica para resolver controversias hacia el futuro. El precedente puede consolidarse en una línea jurisprudencial, cuando de forma reiterada se emplea la misma ratio

²⁷ Sentencia SU-050 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub Sección A. Sentencia de 19 de noviembre de 2021. CP. Dr. José Roberto SÁCHICA Méndez. Rad. 11001-03-15-000-2021-06601-00(AC)

³⁰ Sentencia SU-298 de 2015 de la Corte Constitucional.

³¹ Sentencia T-830 de 2012 de la Corte Constitucional.

decidendi como eje del proceso decisonal para resolver problemas jurídicos similares³².

*El precedente se erige así en un pilar axial del Estado de Derecho, pues busca asegurar la coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico a través de decisiones judiciales que sean razonablemente previsibles. Dado su alcance, se constituye en una herramienta de protección de la confianza legítima y la buena fe, en la medida en que proscribe el uso y la interpretación caprichosa de las disposiciones normativas aplicables por las autoridades judiciales al momento de resolver un caso sometido a su jurisdicción. Por lo demás, no cabe duda de que el respeto a las decisiones anteriores también obedece a la guarda del principio material de igualdad, el cual resultaría transgredido si frente a casos idénticos se brinda una respuesta disímil*³³.

*Para tal efecto, sin embargo, resulta imperioso subrayar que existe una considerable diferencia en el precedente en razón de la autoridad judicial que lo crea y del alcance que puede tener como consecuencia de la intervención de los órganos de cierre de cada jurisdicción que cumplen un papel unificador del derecho, con miras a garantizar los principios de seguridad jurídica e igualdad. Es así como la jurisprudencia constitucional ha distinguido entre dos clases de precedentes: el **horizontal** y el **vertical***³⁴, de conformidad con quién es el que profiere la providencia previa. **El primero** hace referencia a aquellas sentencias fijadas por autoridades de la misma jerarquía o el mismo operador judicial, y **el segundo** se relaciona con los lineamientos sentados por las instancias superiores encargadas de unificar jurisprudencia dentro de la respectiva jurisdicción o a nivel constitucional³⁵. (...)” (Negritas del texto y Subraya la Sala).

Al revisar la sentencia proferida por la Juez de primera instancia no se advierte de ésta un defecto procedimental por cuanto se siguieron las reglas de procedimiento en el asunto estudiado, no se evidencia un exceso ritual manifiesto en las actuaciones surtidas, pues se cumplieron las etapas definidas por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el medio de control de reparación directa y, la sentencia contó con exposición fáctica, normativa, jurisprudencial y extenso análisis normativo que llevó a la Juez a tomar la decisión de negar las pretensiones de la demanda con los argumentos que expuso con claridad.

Frente al defecto sustantivo por apartarse la Juez de instancia del precedente judicial vertical, debe decirse que el apelante invoca este error, y solicita

³² Cfr. Sentencia T-643 de 2017 de la Corte Constitucional.

³³ La jurisprudencia constitucional ha sido igualmente enfática en manifestar que no toda decisión judicial es, en sí misma considerada, un precedente, ya que tan solo ante casos en los que se haya fijado una regla de derecho para resolver controversias subsiguientes con similitud fáctica y de problemas jurídicos, se está en presencia del precedente judicial. Cfr. Sentencia SU-047 de 1999 de la Corte Constitucional.

³⁴ Cfr. Sentencias T-794 de 2011, T-082 de 2011 y T-209 de 2011 de la Corte Constitucional.

³⁵ Cfr. Sentencias T-211 de 2008, T-161 de 2010 y T-082 de 2011 de la Corte Constitucional.

expresamente tener como referente para la solución del problema jurídico una sentencia del Consejo de Estado de 13 de agosto de 2018 cuyo magistrado ponente es el Magistrado Jaime Enrique Rodríguez Navas; y en la sentencia apelada, se advierte la citación de una sentencia del mismo 13 de agosto de 2018, del mismo magistrado ponente, pero con un radicado diferente; lo que da cuenta que se apoyó en jurisprudencia actualizada del mismo año en el cual fue proferida la sentencia (19 de diciembre de 2018); y por el mero hecho de que no se citara una sentencia específica que llevara a acceder a las pretensiones de la demanda, no significa que se haya incurrido en un defecto sustantivo.

Sumado a lo anterior, no puede desconocerse que de acuerdo con el actual criterio de responsabilidad por privación de la libertad, la sentencia absolutoria en el proceso penal ya no resulta suficiente por sí misma para imputar responsabilidad patrimonial al Estado; pues resulta imperioso analizar si el daño que se deriva de la privación de la libertad resulta antijurídico a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, en consideración a que el derecho a la libertad no es absoluto, y por tanto, hay lugar a su limitación, con sujeción a los requisitos previstos en la ley, dado que las medidas preventivas de privación de la libertad también son constitucionales (art. 28 C.P.) y tienen una connotación cautelar no definitiva, por lo que no pugnan con el principio de presunción de inocencia; y, de ser rechazada esta premisa no sería procedente la imposición de una medida de aseguramiento pues resultaría necesario esperar los resultados del proceso penal; el cual, como se dijo en el estudio del fondo del asunto, es un momento diferente, donde ya se ha dado todo un recaudo probatorio para resolver el caso; lo cual no se ha surtido en el momento de la imposición de medida de privación preventiva.

Lo anterior implica que a las autoridades judiciales les es dado restringir legítimamente el derecho a la libertad, a través de las medidas preventivas que no afectan la presunción de inocencia; máxime en este caso donde se trató de un delito sexual en una menor de 3 años de edad; donde, como se dijo en el numeral anterior, por la naturaleza del delito imputado y la protección de los derechos a los menores niños, niñas y adolescentes se hacía imperioso la imposición de medida sin beneficio alguno.

Motivos por los cuales no prospera en tal sentido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Con fundamento en lo expuesto, concluye la Sala que la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Jaime Antonio Escobar Restrepo, fue una medida que estaba obligado a soportar, a tono con las circunstancias fácticas indicadas, y que si bien se declaró la absolución a favor del hoy demandante, no por ello puede desconocerse que los elementos materiales probatorios recogidos eran suficientes para sustentar la imposición de la medida de aseguramiento en su momento, motivos por los cuales se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por parte del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales de fecha 19 de diciembre de 2018, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

9. De la condena en costas en primera instancia.

Finalmente, con relación a la condena en costas, solicita el apelante, sea revocada por no haber en este caso temeridad o mala fe de los demandantes.

Se advierte que, la Juez de Primera Instancia consideró frente a la condena en costas lo siguiente:

“D. COSTAS.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que, salvo aquellos procesos en los que ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas.

El numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, norma vigente para la época en que se interpuso la demanda, ordena condenar en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

El Despacho tasará las costas únicamente en el valor que corresponde a las agencias en derecho, ya que no se acreditaron otros pagos por la parte demandada.

De acuerdo con el Artículo sexto, Capítulo 111 Numeral 3.1.2 del Acuerdo 1887 de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, "por medio del cual se establecen las tarifas de agencias en derecho", se fija en el equivalente al 1% del valor de las pretensiones negadas, teniendo en cuenta adicionalmente la naturaleza, la calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el (a) apoderado (a) de la parte demandada. El valor señalado se distribuirá entre las dos entidades demandadas en igual proporción.”

Según el criterio objetivo valorativo fijado por el Consejo de Estado que a continuación se menciona, no resulta necesario demostrarse la mala fe o la temeridad de las partes para su imposición; no obstante, al haber sido

cuestionada la condena en costas impuesta en primera instancia, esta Sala advierte que, la misma se impuso sin ninguna consideración adicional, más allá de la cita normativa correspondiente; de manera que, es preciso para la Sala poner de presente el alcance que sobre la condena en costas ha precisado el Consejo de Estado⁴ a partir de la regulación contenida en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011:

“El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

a. El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.

b. Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c. Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d. La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

e. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.

f. La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP^[u], previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

g. Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia”.

Aplicado el criterio expuesto por el Consejo de Estado, es claro que en vigencia de la ley 1437 de 2011, observa la Sala la ausencia de la valoración objetiva de la Juez en el sentido de precisar si las costas se causaron a partir de la valoración de las pruebas que obran en el expediente, o por haberse negado las pretensiones del demandante. Por ende, hay lugar a revocar la condena en costas porque la falta de motivación sobre la razón para imponerlas le supone a la parte la imposibilidad de controvertirla.

10. Condena en costas en segunda instancia

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.

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 las demandadas y a cargo del demandante, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

Por todo lo expuesto se revocará el ordinal tercero, y en su lugar no habrá lugar a condena en costas; y se confirmará en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

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 de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de diciembre de 2018, dentro del medio de control de reparación directa presentada por el señor Jaime

Antonio Escobar Restrepo y otros contra la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Revocar el ordinal tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de diciembre de 2018, y en su lugar no habrá condena en costas en primera instancia.

Tercero: Condenar en costas en esta instancia al demandante, y, en favor de las demandadas a título de agencias en derecho; las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el juez de Primera Instancia conforme al artículo 366 del CGP.

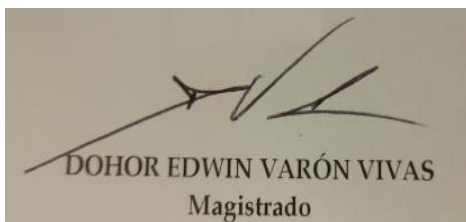
Cuarto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-33-33-004-2016-00134-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 377

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido por el señor **CÉSAR AUGUSTO AGUDELO CLAVIJO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA**

¹ Ley 1437 de 2011.

promovido por el señor **CÉSAR AUGUSTO AGUDELO CLAVIJO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-23-33-000-2016-00158-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 384

A efectos de continuar con la audiencia de verificación de cumplimiento de la sentencia datada el 25 de octubre de 2016, dictada dentro del proceso de acción popular promovido por el **RESGUARDO CAÑAMOMO LOMAPRIETA** contra el **MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO**, los municipios de **SUPÍA** y **RIOSUCIO (CALDAS)**, el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** y la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CALDAS- CORPOCALDAS**, proceso al que fueron vinculadas la **DIRECCIÓN TERRITORIAL DE SALUD DE CALDAS - DTSC**, **EMPOCALDAS S.A. E.S.P** y el **RESGUARDO INDÍGENA SAN LORENZO DE RIOSUCIO**; a instancias de este despacho, y teniendo además en cuenta la solicitud de la Secretaría de Vivienda del Departamento de Caldas formulada en el mismo acto procesal llevado a cabo el día 24 de los corrientes, **CONVÓCASE** para el día **JUEVES VEINTINO (21) DE SEPTIEMBRE DEL AÑO EN CURSO A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (9:00 A.M)**, para darle continuidad a la audiencia *in situ*, es decir de manera presencial en el lugar a efectos de examinar la gestión predial donde se construirá el acueducto de autos. Al efecto, y sin perjuicio de que puedan asistir los demás sujetos procesales, como punto de encuentro la sede de la Alcaldía del Municipio de Supía (Caldas) **CÍTESE** a la **AGENCIA NACIONAL DE TIERRAS**, al **MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO**, a los **MUNICIPIOS DE SUPÍA Y RIOSUCIO**, a los **RESGUARDOS CAÑAMOMO-LOMAPRIETA y SAN LORENZO**, al **DEPARTAMENTO DE CALDAS** a través de la Secretaría de Vivienda y Plan Departamental de Aguas, así a como al señor Procurador Judicial, a la Defensoría del Pueblo y al señor **PERSONERO DE SUPÍA**, como auditor del pacto de cumplimiento.

Se advierte a las partes y demás intervinientes, que el único correo para remitir memoriales es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co Cualquier documento enviado a otra dirección de correo, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



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

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 172

RADICADO: 17-001-23-33-000-2016-00472-00
NATURALEZA: Proceso Ejecutivo a Continuación
DEMANDANTE: Neyllyt Diaz Torres
DEMANDADO: Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional

Se resuelve la solicitud de mandamiento de pago formulada respecto de la sentencia emitida por esta Corporación el 21 de febrero de 2020.

I. Antecedentes

Mediante proveído del 25 de julio de 2023 se ordenó a la parte ejecutante la corrección de la demanda ejecutiva, entre otros aspectos, para que:

- (i) Efectuara la liquidación de los valores cuya ejecución deprecia, atendiendo a los términos expresos de la sentencia, esto es: *“liquidando los valores adeudados por mesadas pensionales a la data de ejecutoria del fallo y descontando de estos el valor correspondiente al 50% de las sumas reconocidas a la demandante mediante resolución No. 00643 del 9 de julio de 1999 suma a descontar igualmente indexada a la ejecutoria del fallo base de ejecución”* y
- (ii) Aportará la Resolución 00643 del 9 de julio de 1999 y de los certificados de salarios del causante de la prestación con base a los cuales se determine el monto del I.B.L. de la mesada pensional.

II. Consideraciones

En primer lugar debe advertirse que, ante la orden de corrección que se imparte por el fallador Contencioso Administrativo, la parte demandante cuenta con dos posibilidades, (i) En caso de inconformidad con los pedimentos de subsanación, interponer recurso de reposición contra el auto dentro del término establecido para tal fin; o (ii) Acatar la orden de corrección subsanando los yerros advertidos dentro del término conferido para el efecto, en tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en anterior oportunidad¹.

¹ Ver, auto interlocutorio No. 351 del 03 de octubre de 2016. Asunto: 17-001-33-33-752-2015-00320-02.

Al respecto, la Sala evidencia que, la ejecutante no subsanó la demanda ejecutiva de conformidad con las órdenes previamente impartidas, por lo cual subsisten falencias que impiden librar mandamiento de pago.

Así, la parte actora pretende que se libere mandamiento de pago, por los valores que considera, se generaron como mesadas pensionales en su favor, sin efectuar el descuento expresamente señalado en la sentencia, aduciendo que, contrario a lo advertido en dicha providencia, estos valores deberían ser descontados de las sumas generadas por concepto de intereses con posterioridad al fallo.

Al respecto, la Sala precisa que, la sentencia señaló:

“Tercero: Como consecuencia de tal nulidad, a título de restablecimiento del derecho, se ordena a La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional a que reconozca y pague a la señora Neyllyt Diaz Torres, quien se identifica con cédula No. 60.360.933, la pensión de sobrevivientes, conforme a lo expuesta en la parte considerativa de esta providencia, en cuantía equivalente al 45% del ingreso base de liquidación; advirtiéndose que, si el valor correspondiente a dicho porcentaje fuere inferior al salario mínimo legal mensual vigente, deberá reconocerse la pensión en cuantía del salario mínimo fijado por el Gobierno Nacional.

Cuarto: La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, descontará el 50% de los valores indexados reconocidos y pagados a Neyllyt Diaz Torres mediante Resolución No. 00643 del 9 de julio de 1999. En el evento en que el valor actualizado de la compensación por muerte a descontar supere el monto del retroactivo pensional que debe pagar la entidad, será necesario realizar un acuerdo de pago con el fin de que la beneficiaria de la pensión cubra la diferencia sin que se afecte su mínimo vital...”. (Se destaca)

Se resalta que, el proceso ejecutivo respecto de fallos judiciales no es una oportunidad para discutir los términos en que fue emitida la respectiva providencia base de recaudo, por lo que no resulta de recibo lo alegado por la parte demandante sobre la forma de aplicar el descuento que fue ordenado en la sentencia judicial, pues la misma no da lugar a dicha interpretación, menos aún, al observar que dichas sumas objeto de descuento fueron reconocidas y pagadas a la accionante en 1999, por lo que mal puede pretenderse que las mismas sean imputadas a intereses generados con posterioridad al fallo judicial que data del 2020.

Adicionalmente, al no haberse cumplido con el segundo de los requerimientos de corrección arriba esbozados, se torna inviable librar la orden de pago, dado que se requiere la totalidad de los documentos que permitan arribar a la debida liquidación de los valores por los cuales solicita se adelante la ejecución.

Ello dado que, si bien la sentencia aportada como título ejecutivo, contiene una obligación clara, expresa y exigible, debe ser acompañada de otros documentos que permitan arribar a la certeza de los valores adeudados, entre ellos, los certificados de salarios del causante de la prestación pensional reconocida, pues solo con ellos podría conocerse el valor exacto de la mesada pensional que debe ser pagada por la entidad ejecutada y por ende, las sumas que actualmente adeuda.

Sobre estos documentos la parte actora se limitó a señalar que, la entidad ejecutada no ha dado respuesta a la petición elevada en tal sentido, sin embargo, dicha

situación escapa del debate que pueda darse en el presente tramite, pues es claro que la ejecutante cuenta con la obligación de recaudar y presentar con su demanda la totalidad de los documentos que permitan determinar la existencia material y certera de las sumas cuya ejecución pretende.

Así, la ejecutante no puede pretender que por parte de este Tribunal se profiera un mandamiento de pago con cargo a recursos de una entidad pública del orden nacional, bajo suposiciones o analogías del valor que se debió reconocer como mesada pensional.

Así las cosas, la Sala resolverá no librar mandamiento de pago, no sin antes advertir que la ejecutante cuenta con la posibilidad de interponer nuevamente su demandada ejecutiva acatando las directrices que han sido señaladas en providencia del 25 de julio de 2023.

En este orden, en atención a lo señalado se,

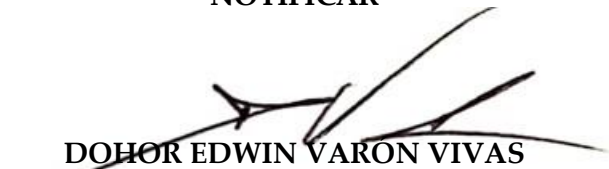
RESUELVE

PRIMERO: NO LIBRAR MANDAMIENTO EJECUTIVO en favor de Neyllyt Diaz Torres y en cabeza de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional respecto de la sentencia emitida por esta Corporación el 21 de febrero de 2020.

SEGUNDO: EJECUTORIADA esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente previo las anotaciones pertinentes en el sistema “*JUSTICIA SIGLO XXI*”.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 51 de 2023.

NOTIFICAR


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado


AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17-001-23-33-000-2016-00884-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA UNITARIA

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 387

Teniendo en cuenta la solicitud de la parte actora tendiente al pago del dinero consignado a su nombre por concepto de costas y agencias en derecho, y además, que fue aportada fotocopia de la Resolución N°004654 de 24 de marzo de 2023 con la cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL ordenó dicho pago, además de la constancia secretarial en la que se indica que el título se encuentra consignado a órdenes del Tribunal /fls. 235-240/, se dispone que por la Secretaría, se proceda a la consignación del título judicial en la cuenta bancaria de la accionante ROSALBA BERMÚDEZ SALAZAR, reportada a este proceso por su apoderado, según el certificado del banco SCOTIABANK COLPATRIA S.A., que obra en el folio 234 del cartulario.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

17-001-23-33-000-2016-00902-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA UNITARIA

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 388

Teniendo en cuenta la solicitud de la parte actora tendiente al pago del dinero consignado a su nombre por concepto de costas y agencias en derecho, además que fue aportada fotocopia de la Resolución N° 004614 de 23 de marzo de 2023 con la cual el MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL ordenó dicho pago, y que según constancia secretarial el título se encuentra consignado a órdenes de este Tribunal /fls. 253-258/, se ORDENA que, por la Secretaría, se proceda a la consignación del título judicial en la cuenta bancaria de la accionante señora NOHELIA PANIAGUA DE BOTERO, reportada a este proceso por su apoderado, según el certificado del banco BANCOLOMBIA, que obra en el folio 252 del cartulario.

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA

Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Acción:	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación:	17001 23 33 000 2017 00652 00
Demandante:	María Elena Tamayo Naranjo
Demandado:	ESE Hospital San Félix de la Dorada
Providencia:	Sentencia No. 149

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

I. Antecedentes:

1. Declaraciones y condenas.

La accionante solicita que por esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Se declare la NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO contenido en el Oficio No. RG. 3097 suscrito el 5 de Marzo 2017, comunicado y/o entregado el 10 de Abril de 2017 por el señor ANTONIO MARIA GOMEZ BETANCURT profesional especializado del Área Administrativo de la ESE HOSPITAL SAN FELIX DE LA DORADA CALDAS, por medio del cual negó acceder al reconocimiento de una relación laboral legal y reglamentaria, por haber existido para el actor el derecho al reconocimiento de una RELACIÓN LABORAL REALIDAD en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, reconociendo en el periodo comprendido entre el 18 de Junio de 2002 hasta el 04 de Enero de 2016 que la Trabajadora MARIA ELENA TAMAYO NARANJO tuvo la calidad de empleado público y/o trabajador oficial en las mismas condiciones que los demás empleados que prestan un servicio público de salud al interior de la E.S.E HOSPITAL SAN FELIX DE LA DORADA CALDAS.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaratoria de NULIDAD y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, se condene a la E.S.E HOSPITAL SAN FELIX DE LA DORADA CALDAS., al pago de la totalidad de

los valores en dinero, de los siguientes conceptos salariales, prestacionales e indemnizatorios causados durante el tiempo que estuvo laborando para la E. S. E, esto es, entre el 18 de Junio de 2002 hasta el 04 de Enero de 2016, teniendo en cuenta para ello todos los factores salariales que para dichos efectos establece la ley:

- a) Vacaciones
- b) Prima de Vacaciones
- c) Bonificación por Recreación
- d) Prima de Navidad
- e) Prima de Servicios
- f) Prima de Riesgo
- g) Prima de Antigüedad
- h) Primas Legales y Extralegales
- i) Cesantías
- j) Intereses sobre las Cesantías
- k) Indemnización por no consignación de las Cesantías, en tal caso.
- l) Indemnización por falta de pago.
- m) Indemnización por Despido Sin Justa Causa.
- n) Indemnización moratoria por pago tardío de las prestaciones sociales.
- o) Cotizaciones a Pensión, Salud y Caja de Compensación Familiar.
- p) Y demás prestaciones e indemnizaciones que se llegaren a probar

TERCERO: Se Reconozca y Pague a favor de mi Mandante la totalidad de los valores, en dinero, por concepto de horas extras, compensatorios, recargo por trabajo nocturno y en dominicales y días festivos, si se llegaren a presentar.

CUARTO: Se Reconozca y Pague a favor de mi Mandante la totalidad de los valores por concepto de aportes a Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Caja de Compensación Familiar.

QUINTO: Se reembolse a favor de mi Mandante los valores descontados correspondientes al porcentaje del valor mensual de los contratos por concepto de Retención en la Fuente, ICA, Estampilla Pro Desarrollo Departamental, Estampilla Pro Adulto Mayor y otros, sin tener en cuenta que realmente se estaba llevando a cabo era una relación laboral.

SEXTO: Se Reconozca y Pague a favor de mi Mandante por concepto de Perjuicios Morales 500 salarios mínimos legales mensuales.

SEPTIMO: Se Liquiden los valores conforme lo establecen los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

OCTAVO: Indexar las sumas adeudadas, conforme lo establece el Consejo de Estado con fundamento en la siguiente fórmula:

(...)

NOVENO: Que se condene al Demandado (SIC) E.S.E HOSPITAL SAN FELIX DE LA DORADA CALDAS, a reconocer y pagar los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la Doctrina Constitucional obligatoria contenida en las Sentencias C-367 de 1995 y C-601 de 2000 de la Corte Constitucional.”

2. Hechos.

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

- Que la señora María Elena Tamayo Naranjo prestó sus servicios de auxiliar de enfermería en la ESE Hospital San Félix de la Dorada, Caldas desde el 18 de junio de 2002 hasta el 4 de septiembre de 2016 mediante contratos de prestación de servicios suscritos directamente con la ESE, y mediante prestación de servicios con Cooperativas de Trabajo Asociado de manera ininterrumpida.
- Que Los servicios se prestaron de manera permanente, de manera personal, en las instalaciones de la ESE Hospital San Félix de la Dorada, en el servicio de área de urgencias durante los 2 primeros años, luego en ginecología los 2 años siguientes; y en pediatría los últimos 10 años de su vinculación con la ESE.
- Aduce que la demandante acataba las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos que era la jefe de enfermeras y los médicos de la institución; funciones que cumplía en jornadas de 6 a 12 horas sin descanso; las cuales eran definidas por la ESE.
- Sostiene que durante la vinculación con la ESE tuvo 2 ausencias por motivos de enfermedad, una de 15 días, y otra de 6 meses de incapacidad por cirugía de corazón abierto.
- Que el 4 de enero de 2016 se le dio por terminada de manera unilateral su relación con la ESE Hospital San Félix, por el deterioro de su agudeza visual.
- Manifiesta que los servicios prestados por la señora María Elena Tamayo García en calidad de auxiliar de enfermería en la ESE Hospital San Félix, se hicieron mediante contratos de prestación de servicios suscritos con la Cooperativa de Trabajo Asociado Coopreserva; Cooperativa de empleados unidos de Norcasia; Cooperativa de trabajo asociado para la salud; y, el Sindicato de servicios de salud; cuando realmente la relación fue siempre con la ESE en mención; y cuyas funciones eran igualmente ejercidas por personal de planta del Hospital .

3. Normas violadas y concepto de violación.

Refiere la demandante como normas vulneradas las siguientes:

Artículos 1, 13, 25, 43 y 53 Constitucional.

Numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993

Artículo 3 de la Ley 79 de 1988

Artículos 71, 74, 76, 79, 82 y 93 de la Ley 50 de 1990.

El concepto de violación lo funda en el desconocimiento de normas legales, especialmente por no reconocer los derechos en virtud de los contratos suscritos con Cooperativas de Trabajo Asociado; siendo ello además una falsa motivación del acto demandado, por cuanto la relación la tuvo la demandante directamente con la ES Hospital San Félix de la Dorada, institución de salud donde prestaba siempre sus servicios.

4. Contestación de la demanda. (Documento 01 Cdo. 1 del expediente digital)

La parte accionada contestó la demanda pronunciándose sobre los hechos de la misma, reputando los mismos como falsos, y se opone a las pretensiones de la demanda, sin más consideraciones.

Propone como excepciones las que denomina *“Prescripción de los créditos laborales”, “Prescripción de la solicitud de declaración de contrato realidad”, “Ausencia de los elementos del contrato de trabajo”, “Inexistencia del vínculo laboral pretendido y ausencia de ocultamiento de la realidad” y “Ausencia de solicitud de reconocimiento de relación laboral”*; aduciendo que el apoderado judicial, solicitó el reconocimiento de unos derechos laborales, pero que no solicitó de manera específica el reconocimiento de una relación legal.

5. Alegatos de conclusión

- Parte demandante (Documento 019 del expediente digital)

La parte demandante hace un recuento de la fijación del litigio de la audiencia inicial, y dice reiterar los argumentos expuestos en la demanda.

Sostiene que dentro del proceso se encuentran los cuadros de turnos de la demandante y los contratos suscritos con las diferentes Cooperativas de Trabajo Asociado, que dan cuenta de la prestación de sus servicios como auxiliar de enfermería de la ESE Hospital San Félix de la Dorada de manera ininterrumpida; siendo dicha ESE el verdadero empleador de la demandante; reseñando el fenómeno de la intermediación laboral, que es a todas luces ilegal.

Aduce que en la planta de cargos de la ESE hay varias auxiliares de enfermería que ejercían las mismas funciones de la señora María Elena Tamayo.

Dice estar demostrado el elemento subordinación el cual extrae de los testimonios que se rindieron dentro del proceso, demostrándose con las pruebas que reposan dentro del proceso la primacía de la realidad sobre las formas en este caso, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

- Parte demandada (Documento 20 del expediente digital)

La demandada ESE Hospital San Félix de la Dorada presentó escrito de alegatos de conclusión en los cuales afirma que la demandante prestó sus servicios en la ESE con autonomía e independencia, teniendo su vinculación todas las características, requisitos y condiciones de la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, los cuales firmó de manera libre.

Sostiene que no se reúnen los elementos para la declaratoria de una relación legal, y que los servicios prestados fueron de manera temporal, sin acreditarse en este caso la subordinación o dependencia; y expone que, de las pruebas documentales aportadas y de los testimonios rendidos, solo se demuestra la coordinación de actividades, en busca del efectivo cumplimiento del objeto contractual por parte de la ex contratista, para el cual era idónea y, por tanto, no requería de órdenes para su ejecución; además por cuanto su vinculación fue mediante contratos de prestación de servicios desarrollados de manera discontinua e interrumpida en el tiempo; y reitera el acaecimiento del fenómeno de caducidad de la acción, solicitando se nieguen las pretensiones de la demanda y que no sea condenada en costas la demandada.

6. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no rindió concepto como dice la constancia secretarial de 25 de marzo de 2022 que se encuentra en el documento 21 del expediente digital.

II. Consideraciones de la Sala

1. Excepciones.

Frente a las excepciones propuestas por la demandada ESE Hospital San Félix de la Dorada, en audiencia inicial llevada a cabo el 23 de julio de 2018 se resolvió declarar infundada la excepción de caducidad; decisión que fue confirmada por la sección Segunda Sub Sección B del Consejo de Estado en providencia de 11 de marzo de 2021; por lo que, las demás excepciones propuestas se resolverán con el fondo del asunto.

2. Problema jurídicos a resolver:

¿Debe, en el presente asunto, declararse la nulidad del Oficio No. RG? 3097 suscrito el 5 de marzo 2017, mediante el cual la ESE Hospital San Félix de la Dorada, negó a la demandante, señora María Elena Tamayo Naranjo la existencia de una relación laboral, por estar configurados los presupuestos fácticos y jurídicos para ello?

Para resolver lo anterior, es necesario establecer si ¿entre la ESE Hospital San Félix de la Dorada, y la señora María Elena Tamayo Naranjo, existió una relación laboral, que la hace acreedora al pago de salarios y prestaciones sociales, de acuerdo con la labor que desempeñaba como auxiliar de enfermería, mediante contratos de prestación de servicios; con las consecuencias jurídicas que de ello se desprende?

Lo anterior, pese a la existencia de contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado.

3. Análisis normativo.

El artículo 25 de la Constitución Política dispone: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.*

A su vez, el artículo 53 constitucional contempla la primacía de la realidad sobre las formas y los derechos y principios laborales así:

“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subraya la Sala)

El inciso primero del artículo 122 Constitucional precisa:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”

Por su parte, la Organización Internacional del Trabajo – OIT - también ha precisado el principio de “a trabajo igual, salario igual” el cual es aplicable a nuestra legislación en virtud de que Colombia hace parte de ese convenio.

Y los artículos 23 y 34 del Código Sustantivo del Trabajo disponen:

“Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 10. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:
 - a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
 - b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con lo tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
 - c. Un salario como retribución del servicio.
2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le

agreguen". (Subraya la Sala).

"Artículo 34. Contratistas independientes. <Artículo modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente

1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2o) El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

Finalmente, el numeral 3° de la ley 80 de 1993 por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, se refiere al contrato de prestación de servicios en el siguiente sentido:

"Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

3. Contrato de prestación de servicios Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. (Subraya la Sala).

De lo anterior, se entiende que, la Constitución Política en sus artículos 122 a 125 permite inferir dos clases de vinculación con entidades del Estado, que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); y b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral).

No obstante, las entidades estatales han hecho uso de una tercera modalidad de vinculación de personal para el cumplimiento de sus fines: **c) De los contratistas de**

prestación de servicios (relación contractual estatal), figura que ha sido de amplio desarrollo jurisprudencial y que es objeto de debate en el presente proceso, con miras a establecer si entraña una verdadera relación de carácter laboral.

4. Análisis jurisprudencial.

El Consejo de Estado¹, ha unificado mediante sentencia, los criterios necesarios para definir la existencia de una verdadera relación laboral, existente tras la modalidad de contratos de prestación de servicios en el siguiente sentido:

“(…) 101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre funcional. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

103. La reiterada jurisprudencia de esta corporación -que aquí se consolida- ha considerado, como indicios de la subordinación, ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

104. i) El lugar de trabajo. Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación por importancia jurídica, del 9 de septiembre de 2021. Radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. ii) El horario de labores. Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar. Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi, la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral. El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

108. Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este; 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.

2.3.3.4. Remuneración

109. 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. (Subraya la Sala).

Y, frente a la relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios de auxiliares de enfermería el Consejo de Estado² ha precisado:

*“(…) 35. De tal manera, en cuanto al estudio de los elementos fundantes de la relación laboral y de acuerdo a que las partes no divergen de la (i) prestación del servicio, ni de la (ii) remuneración del mismo; determinar si la labor se ejecutó de forma subordinada será determinante para aclarar el litigio, y se encuentra que este aspecto se afirma por sí mismo, en el objeto y las funciones transcritas de los contratos, como de otras especificidades determinadas en los mismos, atiéndose a que se escribe que las funciones deberán ser desarrolladas “estrictamente con los turnos prefijados para cumplir con el objeto de esta OPS”, sin “abandonar el servicio donde este desarrollando las actividades inherentes al objeto de este contrato hasta tanto no haya terminado el turno **prefijado**” y “al momento para el cual podrá ausentarse de la institución sopena de imponer las multas del caso”, entre otros.*

36. Cierto resulta entonces, que probados resultan los elementos de una verdadera relación laboral atendiendo a los principios de la sana crítica al revisar el caudal probatorio obrante, siendo incuestionable (i) que existió el ánimo permanente de contratar a la actora por parte de la entidad accionada, al reflejarse la continuada y atemporal contratación descrita, atendiendo a que las funciones desarrolladas son de (ii) la naturaleza de la entidad demandada, y fueron desarrolladas de forma (iii) subordinada, como lo es para una AUXILIAR DE ENFERMERÍA, que se encuentra bajo las órdenes de superiores en el desarrollo de su labor; entonces, se confirmará la sentencia recurrida pero se modificará en cuanto se declarará como se explicó, que deberán ser reconocidos los aportes pensionales de la accionante sobre los periodos prescritos determinados en precedencia.(…) (Subraya la Sala)

De igual manera se ha pronunciado el Consejo de Estado³ sobre la subordinación y dependencia en contratos de prestación de servicios de auxiliares de enfermería:

“(…) Si bien los objetos de cada vinculación fueron para prestar servicios en el área de la salud como auxiliar de enfermería, se puede sintetizar que la actividad desarrollada por la señora Tovar Jiménez se prestó en diferentes áreas del hospital a saber: i) consulta; ii) urgencias; iii); obstetricia (patologías relacionadas con el embarazo, parto, puerperio y menor de cinco años); y iv) banco de sangre. En segundo lugar, se encuentra que la señora Tovar Jiménez tuvo dentro de sus funciones la de prestar atención de enfermería a los pacientes según las órdenes médicas y de las jefes de enfermería, la cual

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección B. Sentencia de 26 de julio de 2020. MP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 50001-23-33-000-2014-00141-01(4594-17)

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Sentencia de 7 de febrero de 2022 CP. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad. 81001-23-39-000-2017-00036-01 (1138-2019)

revela, como expresión sustantiva y cierta de su ejercicio, que esta fue desarrollada por aquella, y no a través de otra persona.
(...)

ii) El horario de labores: de los contratos de prestación de servicios, las resoluciones obrantes y las planillas de turnos mensuales, se desprende que la demandante estaba supeditada al cumplimiento de horarios y/o turnos de trabajo, junto con las demás auxiliares de enfermería que prestaban servicios en la institución; y las declaraciones recaudadas coinciden en señalar el cumplimiento de los referidos turnos ,testimonios que merecen credibilidad, toda vez que relatan la manera cómo la accionante ejecutó los servicios para los cuales fue contratada.

(...)

iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar: según se desprende de la lectura de las obligaciones contractuales se observa que cada una de ellas debían ejercerse atendiendo las precisas órdenes de los médicos tratantes y de las enfermeras jefe. Así las cosas, las labores que ejercía la señora Tovar Jiménez no podían desarrollarse de manera autónoma, sino que, atendiendo a la naturaleza de la actividad de la medicina y el manejo directo de pacientes que le eran encomendados, debían limitarse a las precisas instrucciones impartidas por los médicos tratantes del hospital. En suma, no tenía autonomía técnica ni administrativa en su relación contractual.

(...)

No se puede perder de vista que la misión de la entidad demandada es «[...] la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social», el cual, sin duda, tiene relación con las labores desempeñadas por la accionante como auxiliar de enfermería. Así las cosas, se colige que las labores asignadas a la contratista se acompasan con aquellas que debían prestar los funcionarios de planta de la entidad, sin las cuales no puede cubrir la función misional del hospital. (...)”

5. Análisis fáctico.

5.1. De la prueba documental que reposa dentro del proceso.

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

Dentro del expediente obran 10 contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante señora María Elena Tamayo y la ESE demandada, y 51 contratos de prestación de servicios suscritos entre Cooperativas de trabajo asociado y la mentada ESE.

Contratos suscritos directamente entre la ESE Hospital San Félix y la demandante María Elena Tamayo.

0007-12	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	Del 1 de enero al 30 de junio de 2012

419-12	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	De 1 de septiembre a 31 de octubre de 2012
631-12	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	Del 1 al 31 de diciembre de 2012
046-13	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	Del 1 de enero al 31 de agosto de 2013
395-13	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013
112-14	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	De 1 de enero a 30 de junio de 2014
1069-15	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	De 1 al 31 de octubre de 2015
833-15	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	Del 1 al 30 de septiembre de 2015
1269-15	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	De 30 de octubre a 30 de noviembre de 2015
1476-15	María Elena Tamayo Naranjo y la ESE HSF	De 30 de noviembre al 31 de diciembre de 2015

El objeto de los anteriores contratos es el siguiente:

“CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: LA CONTRATISTA se compromete con EL HOSPITAL a prestar sus servicios como auxiliar de enfermería en su sede central o en sus unidades prestadoras (centro y puestos de salud) y en el ámbito intra y extramural de conformidad con lo plasmado en la propuesta previamente presentada”

Contratos suscritos entre Cooperativas y asociaciones sindicales y la ESE Hospital San Félix de la Dorada Caldas (en el cuadro HSF).

91-06	Contrato Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 al 6 de febrero de 2006
107-06	Cooperativa de Trabajo Asociado Copreserva y ESE HSF	De 1 a 31 de marzo de 2006
124-06	Cooperativa Coopeun y ESE HSF	del 1 al 30 de abril de 2006
130-06	Cooperativa Coopeun y la ESE HSF	Del 1 al 31 de mayo de 2006

214-06	Cooperativa Coopeun y ESE HSF	De 1 de julio a 31 de agosto de 2006
378-06	Contrato Coopeun y ESE HSF	Del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2006
71-07	Contrato Coopeun y ESE HSF	Del 1 al 31 de enero de 2007
95-2007	Contrato Coopeun y la ESE HSF	Del 1 de febrero al 28 de febrero de 2007
119-2007	Cooperativa Coopeun y la ESE HSF	Del 1 al 31 de Marzo de 2007
142-07	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 al 31 de mayo de 2007
Otro sí142-07	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 al 30 de junio de 2007
224-07	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	De 1 de julio a 31 de agosto de 2007
249-07	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 de octubre al 30 de noviembre de 2007
86-08	Contrato Coopsalud y la ES HSF	Del 1 al 5 de enero de 2008
87-08	Contrato Coopsalud y la ESE HSF	Del 6 al 10 de enero de 2008
88-08	Contrato Coopsalud y la ESE HSF	Del 11 al 15 de enero de 2008
89-08	Contrato Coopsalud y la ESE HSF	del 16 al 20 de enero de 2008
090-08	Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsalud y ESE HSF	Del 21 al 25 de enero de 2008
0111-08	Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsalud y ESE HSF	De 1 de febrero a 1 de marzo de de 2008
Otro sí 0111-08	Cooperativa de Trabajo Asociado Coopsalud y ESE HSF	Del 1 al 30 de abril de 2008
127-08	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 de mayo a 31 de julio de 2008
195-08	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	De 1 de agosto a 31 de diciembre de 2008

0141-10	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 al 30 de abril de 2010
210-10	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 a 31 de julio de 2010
237-10	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	De 1 a 31 de agosto de 2010
252-10	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 al 30 de septiembre de 2010
278-10	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	De 1 a 31 de octubre de 2010
292-10	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	De 1 de noviembre a 31 de diciembre de 2010
96-2007	Contrato Coopeun y la ESE HSF auxiliar de odontología	
80-11	Contrato Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 de enero al 28 de febrero de 2011
123-11	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 de marzo al 30 de abril de 2011
152-11	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 de mayo al 30 de junio de 2011
181-11	Cooperativa Coopsalud y la ESE HSF	Del 1 al 31 de agosto de 2011
299-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 11 de abril al 30 de junio de 2014
457-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 31 de julio de 2014
517-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 31 de agosto de 2014
579-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 30 de septiembre de 2014
579-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 31 de octubre de 2014
699-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE	Del 1 al 31 de octubre de 2014
791-14	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 30 de noviembre de 2014
951-14	Contrato Sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 de diciembre al 31 de diciembre de 2014
142-15	Contrato sindical Sindicato servicios varios de salud	Del 2 al 31 de enero de 2015

	"Servasalud" y la ESE HSF	
227-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	De 2 al 28 de febrero de 2015
283-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	De 2 a 31 de marzo de 2015
340-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 25 de marzo al 30 de abril de 2015
385-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 31 de mayo de 2015
450-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 30 de junio de 2015
609-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 1 al 15 de agosto de 2015
714-15	Contrato sindical Servasalud y la ESE HSF	Del 14 al 31 de agosto de 2015

El objeto de los contratos suscritos entre la ESE y las Cooperativas de trabajo asociado es:

"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente contrato es la prestación mensual, en forma continua, oportuna, eficiente y efectiva por parte del Contratista, bajo su propia responsabilidad y autonomía de los servicios de auxiliares de enfermería, requeridos para la ejecución de los procesos asistenciales en los que se requiere la participación activa de auxiliares de enfermería a través de su personal y de acuerdo a las siguientes especificaciones mensuales:

Y, el objeto de los contratos suscritos entre el sindicato de servicios varios de salud "Servasalud" y la ESE Hospital San Félix de la Dorada es:

"PRIMERA. OBJETO: Las partes han decidido celebrar un Contrato Sindical, cuyo objeto lo constituye la ejecución de procesos hospitalarios a los usuarios indicados por el contratante, comprendiendo las actividades propias de estos servicios, de acuerdo con las necesidades de la entidad y la propuesta prestada por parte de SERVASALUD. El sindicato SERVASALUD, prestará los servicios regulados en este contrato sindical, mediante sus afiliados partícipes según lo regulado en este contrato sindical, de acuerdo con el volumen y los requerimientos o solicitudes del contratante y sus propias capacidades y estructuras, realizando las convocatorias, inducciones, capacitaciones y entrenamientos necesarios para cumplir con dichos requerimientos así como las definidas en el reglamento de la agremiación sindical; actuando con total autonomía técnica administrativa y financiera."

- Copia de constancia del profesional especializado de la ESE Hospital San Félix de 7

de diciembre de 2016, en la cual se dice que en la planta de cargos se encuentran el cargo de auxiliar del área de salud, código 412, grado 06; y copia del e acuerdo número 068 de 14 de octubre de 2015, donde consta la existencia de 36 de estos cargos. (Documento anexos Dorada, Carpeta Anexo 20170065200CD Folio 216).

- Copia del oficio dirigido por una contratista al profesional del área administrativa de la ESE Hospital San Félix de la Dorada, de fecha 7 de diciembre de 2016 en el cual consta:

“Con la presente hago entrega de cuadros de turnos realizados desde enero de 2013 a octubre de 2015, donde se reportan las horas de la Sra. María Helena Tamayo y bajo la asignación de la coordinadora de Enfermería de la ESE Hospital San Félix.

En el año 2014 la Sra. María Helena Tamayo NO prestó actividades en la ESE durante los meses de marzo a junio, motivo cirugía oftalmológica realizada.

En el año 2013 durante los meses de noviembre a diciembre solicitó no realizar actividades algunos días por motivos de realización de exámenes y chequeos de salud.

Entrego copias de los cuadros de turno.”

- Reposan unas copias de unos listados de asociados de la Cooperativa de Trabajo Asociado de la Salud Coopsalud y Coopeun de algunos meses (marzo y diciembre de 2006, octubre y noviembre de 2007, enero de 2008, febrero de 2009 y abril, mayo y octubre de 2010, donde se relaciona un listado del personal de las Cooperativas o de cargos a proveer donde aparece el nombre de la demandante; listado que no tiene firma, no está claro a quien se dirige ni por quien se suscribe el mismo.

- Copia del certificado suscrito por el Profesional de planeación y contratación administrativa de la ESE del cual se extrae: que: *“Como contratista el auxiliar de enfermería del área asistencial se programan 200 horas mensuales de lunes a domingo, las cuales se distribuyen de acuerdo a turnos de 12 horas día 07:00 a 19:00, 12 nocturnas 19:00 a 07:00, 6 horas mañana 07:00 a 13:00 y 6 tarde 13:00 a 19:00. Los cuadros de turnos para la prestación de servicios son establecidos teniendo en cuenta la propuesta de servicio que presenta el contratista, donde se verifica su disponibilidad para realizar las actividades y las necesidades y complejidades de las áreas por los profesionales de enfermería.”* (Documento anexos Dorada, Carpeta Anexo 20170065200CD Folio 216)

- Copia de cuadros de turnos de auxiliares de enfermería diligenciados por la ESE

Hospital San Félix de la Dorada, y en papelería de ésta. (Documento anexos Dorada, Carpeta Anexo 20170065200CD Folio 216)

6. De la prueba testimonial.

Dentro de este asunto se recibieron 2 testimonios, de los cuales se permite la Sala hacer un resumen de las versiones rendidas así:

María Isabella Rojas Pachón. Tecnóloga en auxiliar de enfermería.

- Afirma que fue compañera de trabajo de la demandante María Elena Tamayo, cuando trabajaron en el Hospital San Félix de la Dorada; siendo la testigo auxiliar de planta; y que la demandante laboró aproximadamente 13 años en el Hospital mediante contratos de prestación de servicios, y que se retiró por afecciones de salud.
- Expone que la señora María Elena Tamayo trabajaba en los servicios de urgencias, en pediatría y donde la ESE le indicara la prestación de los servicios como auxiliar de enfermería.
- Relata que la señora María Elena Tamayo atendía los pacientes, administraba medicamentos y seguía todas las indicaciones dadas por el médico para con los pacientes.
- Refiere que, había auxiliares de enfermería de planta y vinculadas mediante contratos de prestación de servicios; sin que hubiera entre éstos diferencias, ni por asignaciones de actividades distintas; que tenían los mismos jefes, quienes designaban el mismo trabajo a ambas categorías.
- Afirma que la asignación se impartía en un cuaderno en el que se daban los turnos por parte de la jefe de enfermeras, quien también manejaba la rotación en la prestación del servicio, con turnos de 6, 12 a 18 horas.

Antonio María Gómez Betancurth. Administrador de la ESE Hospital San Félix de la Dorada.

- Expone que conoce a la demandante como contratista de una Cooperativa, que prestó los servicios en la ESE.

-Refiere que el Hospital contrataba unas Cooperativas para suplir las necesidades para la prestación de los servicios; contratando unas horas de servicios de auxiliares de enfermería; pagando la ESE a las Cooperativas los salarios completos, con prestaciones sociales; y que, las Cooperativas se encargaban de reconocer a cada uno de sus asociados las prestaciones sociales correspondientes.

-Que la demandante prestaba servicios como auxiliar de enfermería, ofertando unos servicios a la ESE.

-Respecto de las Cooperativas de trabajo Asociado, aduce que se proyectaban las necesidades de prestación de servicios por horas, y contrataban los recursos humanos de médicos y enfermeras; y la ESE pagaba a la Cooperativa todo, las primas, prestaciones, parafiscales, seguridad social. Y que, el supervisor de los contratos verificaba que las Cooperativas realizaran los pagos correspondientes.

- Que las auxiliares ofertaban sus horarios a la Cooperativa, y que lo que consta es lo administrativo, no lo asistencial; solo lo contractual, pues no le consta lo relacionado con la prestación del servicio de auxiliar de enfermería como tal.

-Dice que no tiene conocimiento de cómo era la relación de la demandante con la Cooperativa.

7. Caso concreto.

La Sala determinará con las pruebas documentales y testimoniales allegadas al plenario, si en el sub-lite concurrieron los elementos de la relación laboral; si el servicio se prestó de manera ininterrumpida, si las funciones asignadas al demandante tenían un carácter eminentemente temporal, y todo lo relacionado con la acreditación de la subordinación, dependencia y prestación personal del servicio.

La demandante afirma haber prestado sus servicios a la ESE Hospital San Félix de la Dorada Caldas mediante contratos de prestación de servicios suscritos directamente con esta entidad, y mediante contratos suscritos con Cooperativas de Trabajo Asociado de las cuales era parte.

7.1. Vinculación por cooperativa de trabajo asociado.

De los contratos suscritos con Cooperativas de Trabajo Asociado de las cuales dice,

la pleiteante por activa, hacía parte del personal suministrado por las susodichas cooperativas contratistas.

Corresponde dentro del estudio del presente asunto, establecer si con la prueba documental que se aporta, es posible acreditar en primer lugar si, a través de la contratación que la ESE Hospital San Félix realizó con Cooperativas de Trabajo asociado, se presentó una intermediación laboral; y, si la señora María Elena Tamayo Naranjo, prestó sus servicios a la ESE en calidad de afiliada a dichas Cooperativas.

Mediante las Cooperativas de Trabajo Asociado, precisando que mediante la Ley 79 de 1988, *“Por la cual se actualiza la legislación cooperativa”*, en su artículo 80, preceptúa que las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus socios para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, puesto que son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía; su objeto social es el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno.

El Consejo de Estado ha señalado que, las cooperativas de trabajo asociado no podrán ser utilizadas para desconocer la existencia de verdaderas relaciones laborales, pues dentro de su regulación específica se establece que el asociado que sea enviado por la cooperativa o precooperativa de trabajo asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, se considerará trabajador dependiente de la que se beneficie con su trabajo, pues dichas empresas no podrán actuar como mediadores de intermediación laboral, en efecto dicha corporación ha advertido⁴:

“En la práctica, el trabajo asociado en algunos casos se ha utilizado como instrumento para escapar a la legislación laboral y así eludir las obligaciones para con los trabajadores dependientes o subordinados. Por ello, el Legislador consagro la prohibición de que las Cooperativas de Trabajo Asociado actúen como empresas de intermediación laboral, dispongan del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o terceros beneficiarios, remitan a los asociados como trabajadores en misión con la finalidad de que atiendan labores propias de un usuario o tercero beneficiario del servicio, o permitan que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes; y como consecuencia, estableció que el asociado que acuda a estas prácticas se considerara trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

De tal manera que el tercero contratante, la Cooperativa y sus directivos serán

⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, fallo de 27 de abril de 2016, expediente 66001-23-31-000-2012-00241-01 (2525-14).

solidariamente responsables por las obligaciones económicas generadas a favor del trabajador asociado. Sin perjuicio de que queden incursas en causal de disolución y liquidación y que les sea cancelada la personería jurídica.”

Por su parte, la Corte Constitucional, en fallo T-442 de 13 de julio 2017⁵, reiteró:

“[S]i durante la ejecución del contrato de trabajo asociado, la cooperativa de trabajo asociado infringe la prohibición consistente en que estas organizaciones solidarias no pueden actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra a terceros beneficiarios, o admitir que respecto de sus asociados se susciten relaciones de subordinación, se debe dar aplicación la legislación laboral, y no la legislación civil o comercial porque bajo estas hipótesis confluyen elementos esenciales que dan lugar a la existencia de un contrato de trabajo simulado por el contrato cooperativo⁶”.

Y, el Consejo de Estado en providencia del 30 de septiembre de 2021, reiteró que habrá lugar a la aplicación de la figura del contrato realidad cuando en el marco de relaciones de apariencia meramente contractual, entre entidades públicas y cooperativas de trabajo asociado se pretenda enmascarar relaciones de verdadera naturaleza laboral, esto al señalar:

“Así las cosas, se concluye que se defrauda la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el propósito de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo, cuales son: (i) prestación de un trabajo o una labor en forma personal, (ii) subordinación y (iii) contraprestación por la función desarrollada.

...

Sobre este punto vale la pena recordar que, de conformidad con el marco jurídico de este fallo, resulta reprochable cuando las entidades públicas contratan a un tercero para que a su vez vincule a personas naturales que prestan sus servicios en tales instituciones bajo el disfraz de relaciones contractuales o comerciales, cuando lo cierto es que en la práctica se configuran los elementos de la relación laboral. Para llegar a esta conclusión, debe probarse tanto el vínculo de la persona natural con el denominado tercero como el de este con la entidad pública, con lo cual se estructura la relación triangular que resulta ser cuestionable por esta jurisdicción, además del desconocimiento de las exigencias y reglas legales que prevén las normas en la materia.

...

el objeto social de las cooperativas de trabajo asociado es «el de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno. En sus estatutos se deberá precisar la actividad socioeconómica que desarrollarán, encaminada al cumplimiento de su naturaleza, en cuanto a la generación de un trabajo, en los términos que determinan los organismos nacionales e internacionales, sobre la materia». Sin perjuicio de ello, las normas que regulan la materia y la jurisprudencia que la han desarrollado han sido enfáticas en las prohibiciones de (i) enviar a un asociado a que preste servicios a una persona natural o jurídica, por lo que se considerará trabajador dependiente de la que se

⁵ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ **Cita de cita:** Ver, entre otras, las sentencias: T-286 de 2003, T-445 de 2006, T-504 y 962 de 2008, T-484 de 2013 y T-531 de 2015.

beneficie con su trabajo, y (ii) fungir como empresas de intermediación laboral o disponer del trabajo de sus asociados para suministrar mano de obra temporal, enviarlos como trabajadores en misión o permitir que se generen relaciones de subordinación y dependencia con los contratantes.

Las anteriores prohibiciones fueron desatendidas por la cooperativa a la que se encontraba vinculada la demandante, en la medida en que esta, en su calidad de asociada, prestó sus servicios como instrumentadora quirúrgica en las instalaciones de la ESE Hospital Rosario Pumarejo de López de Valledupar (Cesar), actuación de la que se derivó una relación de subordinación y dependencia, de lo que surgió un vínculo laboral.

En ese entendimiento, carece de asidero jurídico afirmar que la prestación del servicio desde el 24 de agosto de 2012 hasta el 9 de mayo de 2013 se desarrolló en virtud del convenio individual de ejecución con dicha asociación, toda vez que se probó la existencia de la relación laboral entre la accionante y la ESE demandada y, por ende, se desnaturalizó aquel acuerdo.

Agregase a lo anterior, que si bien el artículo 13 del Decreto 4588 de 2006 dispone que la vinculación entre los trabajadores asociados y las cooperativas es de naturaleza cooperativa y solidaria, ello no es óbice para que tal situación pueda ser desvirtuada, como en el presente asunto en el que se demostró la existencia de una relación laboral.

...

Por consiguiente, se defraudó la finalidad con la que se creó dicho tipo de asociaciones, puesto que con el funcionamiento de la Asociación Darsalud AT se encubrió el desarrollo de la relación laboral surgida entre la ESE Rosario Pumarejo de López y la demandante, toda vez que esta prestó sus servicios con el único propósito de atender funciones propias de la entidad (prestación del servicio de salud) bajo los elementos del contrato de trabajo. Lo mismo ocurre con el contrato de trabajo a término fijo que aquella firmó con la Empresa de Servicios Temporales Recurso Express ETS, pues con él se disfrazó que las labores serían realmente desempeñadas en el ente de salud, al propio tiempo que desconoció el objetivo de esa clase de empresas que no es otro que colaborar temporalmente en desarrollo de las actividades de la usuaria. “

En tal sentido, si se demuestra la existencia de los elementos esenciales de una relación laboral entre la entidad demandada y la demandante, no será óbice para la declaración de su existencia el hecho de que haya existido una relación “*triangular*” a través de terceros tales como cooperativas de trabajo asociado, pues ello no desvirtúa la existencia de una relación laboral cuyo beneficiario final no fue otro que la respectiva entidad pública.

Sea lo primero indicar que dentro del proceso reposan contratos de prestación de servicios suscritos entre diversas Cooperativas de Trabajo Asociado con la ESE Hospital San Félix de la Dorada para la prestación de servicios de auxiliares de enfermería, y la demandante afirma haber prestado sus servicios para la ESE mediante su vinculación laboral con tales Cooperativas de Trabajo Asociado; no obstante, al revisar las pruebas allegadas al proceso, no se encuentra ninguna constancia, certificación o documento elaborado por los representantes legales de las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopsalud, Coopeun, o Servasalud en los cuales se establezca

que la demandante, señora María Elena Tamayo era trabajadora asociada de dichas cooperativas; ni tampoco documentos que den cuenta que la señora María Elena Tamayo Naranjo hubiera prestado sus servicios de auxiliar de enfermería en la ESE, en virtud de la disposición que en tal sentido hubiera hecho de manera expresa la Cooperativa.

Y, si bien es cierto que se aportan unos contratos de prestación de servicios con Cooperativas de Trabajo Asociado para tales fines, no es posible determinar la prestación de servicios en la ESE por parte de la señora María Elena Tamayo durante el tiempo de vigencia de dichos contratos.

De igual manera debe decirse que, los contratos que se aportan no son continuos, toda vez que presentan interrupciones, así; por los meses febrero, marzo, mayo, julio y agosto de 2006; enero, febrero, marzo, mayo, junio, julio, agosto, octubre y noviembre de 2007; enero, febrero, abril, mayo, junio, julio, agosto a diciembre de 2008; abril, julio, agosto a diciembre de 2010; enero a junio y agosto de 2011; julio a diciembre de 2014; y, enero a junio y agosto de 2015. No obra prueba documental que acredite algún tipo de vinculación de la demandante con la demandada para la prestación del servicio de auxiliar de enfermería entre los años 2002 a 2005.

De las pruebas allegadas al proceso, no se encuentra acreditado que la señora María Elena Tamayo Naranjo hubiera tenido la calidad de trabajadora en misión vinculada a las Cooperativas de Trabajo Asociado Coopsalud, Coopeun, ni Servasalud en el periodo comprendido entre los años 2006 a 2015, de manera que, no resulta posible el estudio de los elementos necesarios para la declaratoria de una relación laboral encubierta respecto de ese tiempo y respecto de dichos contratos.

7.2. De la vinculación de la demandante con la ESE mediante contratos de prestación de servicios.

Se aportaron al proceso 10 contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora María Elena Tamayo y la ESE Hospital San Félix de la Dorada, con el objeto de prestar sus servicios como auxiliar de enfermería, contratos suscritos entre el 1 de enero al 30 de junio de 2012, de 1 de septiembre a 31 de octubre de 2012, del 1 al 31 de diciembre de 2012, del 1 de enero al 31 de agosto de 2013, de 1 de enero a 30 de junio de 2014, de 1 al 31 de octubre de 2015, del 1 al 30 de septiembre de 2015, de 30 de octubre a 30 de noviembre de 2015, de 30 de noviembre al 31 de diciembre

de 2015

7.3. De la prestación personal del servicio.

No hay duda en este caso de la prestación personal del servicio por parte de la auxiliar de enfermería señora María Elena Tamayo Naranjo, y de la imposibilidad de delegar en otras personas el desarrollo de sus actividades, pues era una prestación personal de ésta por las condiciones requeridas por la contratante.

7.4. De la remuneración.

Tampoco hay duda de la remuneración recibida por la demandante por la prestación de sus servicios como auxiliar de enfermería, remuneración que se evidencia en los 10 contratos de prestación de servicios y sus respectivas actas de terminación y liquidación.

7.5. De la subordinación continuada, del lugar de trabajo, horario de labores y dirección de los servicios prestados.

De las pruebas estudiadas, se evidencia que la señora María Elena Tamayo Naranjo no era autónoma e independiente en el cumplimiento de sus funciones, pues ésta dependía de las directrices que le dieran los jefes del área de la ESE Hospital San Félix.

Por otra parte, los testimonios rendidos dentro del proceso guardan coherencia con relación al desempeño como auxiliar de enfermería, así como que las actividades desempeñadas eran las mismas de las auxiliares de planta de la demandada; siendo la única diferencia entre éstos, la forma de vinculación y la remuneración; auxiliares a quienes las ESE les asignaba el cuadro de turnos por parte de la jefe de enfermeras, quienes le definía los turnos que debía prestar.

La testigo María Isabella Rojas Pachón expone que la demandante prestaba sus servicios en urgencias, pediatría, y donde la ESE le indicara que debía prestar los mismos; siguiendo todas las indicaciones brindadas por los médicos respecto de

los pacientes que atendía.

De igual manera dentro del proceso se encuentran unos cuadros de turnos, en papelería de la ESE demandada, donde se encuentra la señora María Elena Tamayo Naranjo, los cuales son coincidentes con la certificación de la misma ESE del 7 de diciembre de 2016, donde dice que se encuentran los turnos realizados por la citada señora desde enero de 2012 y octubre de 2015; a excepción de los meses de marzo a junio del año 2014.

Para esta Sala se encuentra demostrado el cumplimiento por parte de la demandante de turnos para la prestación de sus servicios de auxiliar de enfermería en las instalaciones de la ESE Hospital San Félix de la Dorada, turnos y asignaciones establecidas por la ESE.

De todo lo expuesto, se concluye que, el vínculo de la demandante con la ESE Hospital san Félix de la Dorada trascendió del contrato de prestación de servicios a una verdadera relación laboral, o lo que ahora denomina el Consejo de Estado, como una relación laboral encubierta, la cual evidencia los elementos de prestación personal del servicio, remuneración como contraprestación del servicio y subordinación y dependencia; máxime si se tiene en cuenta la naturaleza de la entidad demandada, que es una E.S.E. cuyo objeto es la prestación de servicios de salud y quien demanda en este caso, es una auxiliar de enfermería, que cumplía funciones de tal, las cuales sin duda, hacen parte de la actividad misional, propia e indispensable para el desarrollo de los fines y el objeto social de la demandada E.S.E. San Félix de la Dorada.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado⁷, en sentencia mediante la cual confirmó una proferida por esta Sala Segunda de Decisión en asunto similar así:

“(…) 49. Entonces, constatado el objeto y las obligaciones que se establecieron en los contratos suscritos entre las partes procesales, sumado a lo dicho por los testigos, se aprecian actividades que exigen para su ejecución necesaria dependencia y subordinación, aunado a que la labor fue de auxiliar de consultorio odontológico, por lo que la Sala al realizar una valoración bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas allegadas al proceso, encuentra que es posible determinar la existencia de una relación laboral subordinada, siendo incuestionable el ánimo de la entidad contratante de emplear de modo

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección “B”. Sentencia de 15 de julio de 2021. CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Rad. 17001-23-33-000-2017-00645-01(2017-19)

permanente y continuo los servicios de la actora en consideración a la continuidad de la relación y poner de presente que dentro del material probatorio obrante es posible establecer que se configuró el elemento de la subordinación y continuada dependencia. (...)”

Finalmente, resalta la Sala que, la demandada ESE Hospital, San Félix de la Dorada no logró desvirtuar dentro de este asunto la subordinación continuada, el horario de labores del demandante, la dirección de los servicios prestados; la prestación personal del servicio y la remuneración; así como tampoco, la falta de independencia de la demandante, el horario y la forma de prestar sus servicios; coincidiendo en este caso todos los elementos necesarios para la declaratoria de un contrato realidad, o una relación laboral encubierta.

8. De los extremos temporales en la prestación de servicios de la demandante.

De los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la demandada, relacionados en el acápite de pruebas, se evidencian unas interrupciones que se estudiarán más adelante; y se advierte que, todos los contratos son coincidentes en que el objeto de los mismos es la prestación personal de servicios de auxiliar de enfermería en la ESE Hospital San Félix.

Se encuentra acreditada entonces, la prestación de servicios de la demandante como auxiliar de enfermería en la ESE Hospital San Félix de la Dorada, durante el tiempo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015; y al desempeñarse durante 3 años, en la misma institución ejerciendo las mismas labores de auxiliar de enfermería, siendo ello necesario para el desarrollo del objeto misional de la demandada, es suficiente indicador que el cargo que desempeñaba la demandante tenía vocación de permanencia; además por ser las labores que realizaba propias del servicio asistencial de la ESE demandada; y, por cuanto existe personal de planta que cumple las mismas funciones de la auxiliar de enfermería contratista, según las versiones de la testigo y de la certificación proferida por la ESE demandada.

9. De la prescripción.

Continúa esta Sala con el pronunciamiento sobre el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho reclamado.

Al respecto, señala esta Sala de Decisión que, el límite temporal para la reclamación de los derechos referentes al régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales se encuentra regulado por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que establece lo siguiente:

*“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en **tres (3) años**, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.*

La prescripción es un fenómeno mediante el cual el ejercicio de un derecho se adquiere o se extingue con el solo transcurso del tiempo, de acuerdo con las condiciones descritas en las normas que para cada situación se dicten, bien sea en materia adquisitiva o extintiva. La prescripción extintiva atañe al deber de cada persona de reclamar sus derechos en un tiempo que está fijado en la Ley, es decir, que la reclamación de los derechos que se pretenden adquiridos está sujeta a un lapso en el que deben ser solicitados.

Puntualizado lo anterior, se precisa que, la regla de vinculación del precedente judicial busca armonizar y salvaguardar los principios de igualdad y seguridad jurídica para que asuntos idénticos se decidan de la misma forma.

Sobre el particular, la línea jurisprudencial por parte del Consejo de Estado como órgano de cierre de esta jurisdicción, ha señalado la procedencia del fenómeno prescriptivo en el lapso de 3 años, cuando la reclamación del derecho no ha tenido lugar en este lapso siguiente a la terminación de la relación laboral de la que se derivan los reconocimientos laborales pretendidos. Al respecto, manifestó³:

*“En esta oportunidad , la Sala debe precisar que si bien la anterior es la tesis que se aplica en la actualidad y, en efecto, se reitera que el derecho a reclamar las prestaciones derivadas de un contrato realidad solo se hace exigible a partir de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral; también lo es que el particular debe reclamar de la administración y del juez el reconocimiento de su relación laboral, dentro de un término prudencial que no exceda la prescripción de los derechos que reclama. Lo anterior quiere decir que, si finiquitó la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan**”.* (Negrillas de la Sala)

Lo anterior significa que, si bien es cierto solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de declaratoria de dicha relación

laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.

Finalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁷ en la referida **sentencia del 25 de agosto de 2016, unificó la jurisprudencia** en materia de contrato realidad, fijando para la solución de este tipo de controversias las siguientes subreglas, dentro de las cuales destacan aquellas que se refieren a la prescripción de los derechos:

“i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro-operario, no regresividad y progresividad.

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho laboral de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral ente el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados (...)" (Negrillas y subrayas de la Sala)

De acuerdo con lo anterior reitera la Sala que, si bien la prescripción de los derechos prestacionales en materia del denominado contrato realidad sólo tiene lugar con posterioridad a la declaración de existencia de la relación laboral, también es cierto que la solicitud de existencia de dicha relación laboral debe formularse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de la prescripción del derecho a que se haga tal declaración, a tono con lo dispuesto por el Consejo de Estado en los pronunciamientos aludidos, postura que acoge esta Colegiatura y que ha venido aplicando de manera reiterada, en cuanto una vez finiquitada la relación que inicialmente se pactó como contractual, el interesado debe reclamar la declaración de la existencia de la relación laboral en un término no mayor de 3 años, **so pena de que prescriba el derecho a reclamar la existencia de la misma y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan** en aplicación de la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas, desarrollada por la Sección Segunda de esa Corporación, ello sin olvidar que **no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión**, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

En el *sub-lite*, el demandante reclama el pago de prestaciones sociales durante los períodos en los cuales estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios, y en los que se observan las siguientes **interrupciones**:

Cto Nro.	Periodo de vinculación contractual	Días interrumpidos	Fecha de prescripción
0007-12	Del 1 de enero al 30 de junio de 2012	62 días	1 de julio de 2015
419-12	De 1 de septiembre a 31 de octubre de 2012	30 días	No aplica
631-12	Del 1 al 31 de diciembre de 2012	0 días	No aplica
046-13	Del 1 de enero al 31 de agosto de 2013	0 días	No aplica
395-13	Del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013	61 días	1 de noviembre de 2016
112-14	De 1 de enero a 30 de junio	427 días	1 de julio de 2017

	de 2014		
833-15	Del 1 al 30 de septiembre de 2015	0 días	No aplica
1069-15	Del 1 al 31 de octubre de 2015	0 días	No aplica
1269-15	De 30 de octubre a 30 de noviembre de 2015	0 días	No aplica
1476-15	De 30 de noviembre al 31 de diciembre de 2015		1 de enero de 2018

Ahora, mediante petición presentada el 9 de febrero de 2017, la señora María Elena Tamayo Naranjo solicitó a la ESE Hospital San Félix de la Dorada, el reconocimiento de una relación laboral entre las partes originada en los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes y con Cooperativas de Trabajo Asociado, desde el 18 de junio de 2002 hasta el 4 de enero de 2016; y mediante oficio Rg. 3097 de 7 de abril de 2017 el Profesional Especializado del área administrativa de la ESE Hospital San Félix de la Dorada responde negando la petición de la actora.

De lo expuesto debe precisarse que, como se expuso en el estudio de los extremos temporales, y la interrupción de solución de continuidad en este caso; en vista de las interrupciones por 62, 61 y 427 días, las fechas para contabilizar el término de prescripción en este asunto es desde la terminación del último contrato, que es el 31 de diciembre de 2015 son las siguientes:

La reclamación administrativa se presentó el 9 de febrero de 2017 y las fechas con las que contaba la demandante para elevar la petición son las siguientes:

Primer periodo: desde el 30 de junio de 2012 hasta el 1 de julio de 2015

Segundo periodo: desde el 31 de octubre de 2012 hasta el 1 de noviembre de 2016

Tercer periodo: desde el 30 de junio de 2014 hasta el 1 de julio de 2017

Tercer periodo desde la terminación del último contrato: hasta el 1 de enero de 2018

De lo expuesto, hay lugar a declarar la prescripción extintiva parcial de los créditos laborales reclamados entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de octubre de 2013, teniendo en cuenta que, entre la fecha de finalización de los contratos de prestación de servicios señalados y la fecha de reclamación (9 de febrero de 2017), y así mismo, entre esta fecha y la de presentación de la demanda (12 de septiembre de 2017) transcurrieron más de 3 años entre el primer contrato y la reclamación administrativa; excepto en lo que se refiere a los aportes a pensión, como se dirá más adelante.

Teniendo en cuenta lo razonado conforme a la orientación jurisprudencial traída a cita y desvirtuados los contratos de prestación de servicios y probada la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y la ESE Hospital San Félix de la Dorada, **se dispondrá el reconocimiento** del conjunto de **prestaciones** generadas con ocasión del servicio desempeñado por la parte accionante y el consecuente **cómputo de ese tiempo para efectos pensionales**, y el pago de las cotizaciones correspondientes a la seguridad social integral.

10. De las sumas que deben liquidarse y reconocerse a la demandante.

Por lo expuesto, y, al haberse demostrado la existencia de una relación laboral encubierta en virtud de las vinculaciones de la demandante mediante contratos de prestación de servicios suscritos con la ESE Hospital San Félix de la Dorada, Caldas, se dispondrá a reconocer y pagar a la demandante, teniendo como base los honorarios pactados y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones legales que una auxiliar de enfermería de planta de dicha entidad tenía derecho.

De acuerdo a ello, pasa la Sala a resolver sobre las pretensiones que a título de restablecimiento del derecho solicita el demandante.

10.1. Pago de las prestaciones sociales.

En virtud de lo expuesto se debe **condenar a la ESE Hospital San Félix de la Dorada**, el reconocimiento y pago en favor de la señora **María Elena Tamayo Naranjo las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo transcurrido **entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2014, entre el 1 y el 30 de septiembre de 2015; entre el 1 y el 31 de octubre de 2015; entre el 30 de octubre y el 30 de noviembre de 2015; y entre el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 2015**, y devengadas por una auxiliar de enfermería de planta de la ESE, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que

resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

10.2. Del reconocimiento y pago de aportes a seguridad social.

En lo que atañe al pago de los valores correspondientes al porcentaje que como empleador debió haber cancelado la entidad demandada y que fue asumido por la parte actora, por concepto de aportes legales a la seguridad social en salud, pensión y ARL, indica la Sala lo siguiente:

Sobre la devolución de los aportes **en salud y riesgos profesionales**, el Consejo de Estado⁷, concluyó sobre su improcedencia con *fundamento, en esencia, en que “...por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretende el actor ejercer”*; de igual modo, en fallo más reciente, esta misma Corporación sostuvo en relación con aportes a pensión⁸:

“(...) 51. Con independencia de cuál sea el régimen al que se encuentre afiliada la actora, pues no está corroborado en el expediente tal aspecto, se debe atender a que los fines para los cuales están destinados los aportes a pensión, dado que corresponde al contratista por ley sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por ley a efectuar su pago, posteriormente resulta inviable ordenarse su devolución, así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, pues, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando “un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal”.

52. Resuelto lo anterior se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia del contrato realidad sobre las formas, lo ordenado no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, “lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer”.

53. De lo expuesto, se orientará que el reconocimiento de aportes en seguridad social solo se hará sobre los aportes a pensión y la forma correcta de ordenarlos pagar al demandado, de acuerdo a la jurisprudencia desarrollada por esta Subsección, es que a título de restablecimiento del derecho la Administración determine mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por la actora, y cotizar al respectivo fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante, la suma faltante por concepto de aportes a pensión sólo en el porcentaje que le

correspondía como empleador, en los periodos en los que se demostró la relación laboral.

54. Para tales efectos, la interesada deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante su vínculo y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.”

A su vez, en anterior sentencia también del Consejo de Estado⁹, posición ratificada en adelante por otras más, se señaló¹⁰:

“(…) dado que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones son imprescriptibles, tal como se explicó en la precitada sentencia de unificación de la sección segunda de 25 de agosto de 2016, la entidad accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el 2 de febrero de 1998 y el 15 de marzo de 2012, salvo sus interrupciones) el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (el salario legalmente sufragado a quienes desempeñaban el empleo de secretaria-tesorero o los honorarios pactados, si estos son superiores a aquel), mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador. Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Y en cuanto a los aportes en salud, establecidos en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el ente demandado deberá pagar a la actora la cuota parte correspondiente entre el 25 de julio de 2009 y el 15 de marzo de 2012, salvo las interrupciones, siempre y cuando esta demuestre que asumió esa carga.”

También sobre el particular el Consejo de Estado¹¹, indicó:

“Ahora bien, en cuanto a las prestaciones compartidas (pensión y salud), se ordenará a la parte demandada el pago a favor de la actora de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de las órdenes de prestación de servicios debieron ser asumidos totalmente por la presunta contratista. No obstante, en caso de que éstos no se hayan efectuado, atendiendo a la suscripción mensual de los contratos, el demandado deberá efectuar las cotizaciones respectivas a los dos Sistemas, descontando de las sumas que se adeudan a la demandante el porcentaje que a ésta corresponde...”

Existen entonces casos en los cuales el Consejo de Estado, en las Subsecciones A y B12 de la Sección Segunda, ha expresado criterios distintos en relación con el tema en comento, de reconocer o no devolución de aportes al sistema de seguridad social

en favor del demandante o negar su reconocimiento, en materia de contrato realidad.

No obstante, ya en la sentencia de unificación por importancia jurídica del H. Consejo de Estado, SUJ-025-CE-S2-202113, a la cual se ha hecho referencia en este proveído, se dejó determinado como uno de los puntos precisamente a unificar, el que atañe a la devolución de los aportes a la Seguridad Social, específicamente **en salud** efectuados por el contratista, aspecto sobre el cual se estableció claramente la siguiente subregla:

“(…)

1.0. Tercera cuestión: devolución de mayores aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista, que demostró la existencia de la relación laboral estatal.

“(…)

3.3.3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al sistema de Seguridad Social en salud.

1. En atención a la naturaleza parafiscal de los recursos de la Seguridad Social, el parágrafo del artículo 182 de la Ley 100 de 1993 ordena a las empresas promotoras de salud (EPS) manejar los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados «en cuentas independientes del resto de rentas y bienes de la entidad». Esto, porque tales dineros únicamente pueden ser previstos y empleados para garantizar la prestación de los servicios sanitarios en los dos regímenes (subsidiado y contributivo), sin que quepa destinarlos para otros presupuestos. Asimismo, estos recursos ostentan la condición de ingresos no gravados fiscalmente, pues su naturaleza parafiscal (establecida en la Ley 100 de 1993, en desarrollo del artículo 48 constitucional) prohíbe su destinación y utilización para fines distintos a los consagrados en ella.

2. Las anteriores razones han conducido a esta Sección[9] a considerar improcedente la devolución de los aportes a salud realizados por el contratista, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente. Como se ha indicado, en función de su naturaleza parafiscal,[10] estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer».[11]

3. Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla,[12] no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

4. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado**

de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.
(resalta la Sala).

Por lo anterior, y toda vez que ha quedado debidamente zanjado el tema de devolución de los aportes asumidos por el contratista, en el pronunciamiento referido con carácter de unificación de jurisprudencia al respecto de los aportes en **salud**, y como se observa deja también inmerso lo que corresponde a los de ARL, aunque no se hace referencia a este último en la subregla establecida, que únicamente alude a los aportes en salud, el Tribunal da aplicación a tal posición y en consecuencia, por lo que, no puede hacerse un reconocimiento por los conceptos en mención.

Ahora, en lo atinente a las sumas que fueron pagadas por el actor como cotización al sistema de seguridad social en **pensión**, el pronunciamiento de unificación del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo no estableció una regla expresa de improcedencia sobre la restitución al demandante de estos aportes que debieron ser asumidos en su condición de contratista durante el tiempo en que se suscribieron vedados contratos de prestación de servicios, como sí lo hizo en materia de salud y en gracia de discusión de ARL, como ya se anotó. A lo anterior se suma que el tema enunciado no ha sido pacífico en las decisiones adoptadas por el H. Consejo de Estado como se colige de los extractos jurisprudenciales en cita, no obstante, este Tribunal acoge el criterio explicado por la Sección Segunda, Subsección B de esa alta Corporación, en providencia del 5 de agosto de 2021, que aunque es anterior a la sentencia de unificación reciente, se basa en los mismos criterios de parafiscalidad de ésta y es proferida dentro de un asunto de similitud jurídica con el presente plenario, al resolver recurso de apelación contra decisión del Tribunal de Risaralda, en la cual se dijo:

“(…) 55. Ahora bien, en lo relacionado a la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social, la Sala explicará, que en materia de los aportes en salud, lo primero es traer a la disertación que el preámbulo de la Ley 100 de 1993, define que el Sistema de la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

56. A partir de allí, la ley desarrolló el Sistema General de Pensiones y el Sistema General de la Seguridad Social en Salud, este último está dirigido a la regulación de la sanidad general en la Nación, el cual dentro de sus características primordiales integra entre otros aspectos, la obligatoriedad de afiliación, previo pago de la cotización reglamentaria y la libertad de elección de los afiliados a la entidad promotora de salud.

57. Así mismo, la Corte Constitucional, señaló que:
«Los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud son rentas parafiscales porque son contribuciones que tienen como sujeto pasivo un sector específico de la población y se destinan para su beneficio, y conforme al principio de solidaridad, se establecen para aumentar la cobertura en la prestación del servicio de salud. El diseño del sistema general de seguridad social en salud define en forma específica los destinatarios, los beneficiarios y los servicios que cubre el plan obligatorio de salud, todos constitutivos de la renta parafiscal.».

58. Así explica la Corte Constitucional frente a la protección constitucional de los recursos de la Seguridad Social y la destinación específica de los aportes a salud y pensión, «que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, con independencia de la denominación que de ellos se haga (cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, copagos, tarifas, deducibles, bonificaciones, etc.), no pueden ser utilizados para propósitos distintos a los relacionados con la seguridad social debido a su naturaleza parafiscal.».

(...)

60. Ahora bien, de la misma forma, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones cuyos objetivos son garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, invalidez o muerte, mediante el reconocimiento de una pensión y prestaciones determinadas en la Ley. También busca la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con el Sistema, está compuesto, fundamentalmente, por el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(...)

63. Con independencia de cuál sea el régimen al que se encuentre afiliado el actor, pues no está corroborado en el expediente tal aspecto, se debe atender a que los fines para los cuales están destinados los aportes a pensión, dado que corresponde al contratista por ley sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por ley a efectuar su pago, posteriormente resulta inviable ordenarse su devolución, así se haya declarado la existencia de un vínculo laboral, pues, de admitirse tal pretensión, se le estaría otorgando «un beneficio propiamente económico, que no influye en el derecho pensional como tal.».

64. Visto lo anterior, se reiterará lo que en pronunciamientos anteriores indicó esta ponente frente a que una vez determinada la existencia del realidad sobre las formas, la determinación del a quo de reconocer y pagar a favor del actor los porcentajes de cotización que debió pagar por concepto de Seguridad Social no es procedente, ya que por su naturaleza parafiscal, a pesar de que se haya declarado a su favor la existencia del contrato realidad, estos dineros son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y no constituyen un crédito a favor del interesado, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer.» (Subraya y resalta la Sala).

En concordancia con lo expuesto, esta Sala acoge la posición transcrita, en el sentido que, dado el carácter parafiscal de los recursos que se destinan al Sistema de Seguridad Social integral, para el caso de marras en pensiones -con destinación específica-, lo que garantiza al afiliado el amparo frente a las contingencias de vejez, invalidez o muerte, conforme se ha definido por la Ley 100 de 1993, se torna improcedente considerar que, como consecuencia de la declaratoria posterior de

existencia de una relación de carácter laboral, puedan convertirse los aportes efectuados en exceso por el beneficiario y en su momento al sistema, en una especie de monto indemnizatorio o crédito a su favor, en cuanto, como lo ha concluido el Consejo de Estado, su especial característica y naturaleza excluye la posibilidad de titularidad que sobre tales montos pretenda ejercer el actor. En tal virtud, con relación a los **porcentajes de cotización correspondientes a pensión**, que la parte demandante debió trasladar a los fondos respectivos y que legalmente le correspondía asumir al empleador; aclarando que los aportes se hacen con destino al fondo; y, se ordenará la cotización al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador; los cuales deben estar debidamente acreditados por el demandante.

Ello, dando aplicación a la directriz constitucional en el sentido que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, el cual tiene carácter imprescriptible; por lo que, **la ESE Hospital San Félix de la Dorada** - deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquella y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENARÁ** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador.

Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

Finalmente, en este caso se debe declarar que, el tiempo laborado respecto de los siguientes periodos se debe computar para efectos pensionales: **entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2012; entre el 1 septiembre y el 31 de octubre de 2012; del 1 al 31 de diciembre de 2012; del 1 de enero al 31 de agosto de 2013; del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013; del 1 de enero al 30 de junio de 2014; del 1 al 30 de septiembre de 2015; del 1 al 31 de octubre de 2015; del 30 de octubre al 30 de noviembre de 2015; y del 30 de noviembre al 31 de diciembre de 2015.**

10.3. De las horas extras, compensatorios, recargos por trabajo nocturno, dominicales y días festivos.

Pese a que la demandante solicita el reconocimiento de horas extras, compensatorios y recargos nocturnos, dentro del asunto no se cuenta con certificaciones expedidas por la entidad sobre las horas extras, dominicales y festivos laborados que den certeza cuándo se sobrepasó la jornada laboral correspondiente; y tampoco se encuentran acreditada la existencia de las misma, ni mediante testimonio, ni por otra prueba que hubiera acreditado lo solicitado; sin que le sea viable al Juez, realizar cálculos o suposiciones para determinar el número de hora extras o domingos y festivos; por lo que no hay lugar a acceder a dicha pretensión, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

10.4. Del reembolso de los valores descontados por retención en la fuente, ICA, y, Estampillas.

Con relación a la pretensión de la demandante de la devolución de los descuentos por retención en la fuente, Ica y pago de estampillas, debe remitirse en primer lugar a la finalidad que de retención en la fuente trae el artículo 367 del Estatuto Tributario:

***“Artículo 367. Finalidad de la retención en la fuente.** La retención en la fuente tiene por objeto conseguir en forma gradual que el impuesto se recaude en lo posible dentro del mismo ejercicio gravable en que se cause.”*

Debe precisarse que, la declaratoria de existencia de una relación laboral no otorga a la demandante una condición tributaria diferente o especial; así como tampoco desvirtúa las condiciones tributarias y económicas al momento de suscribir los contratos de prestación de servicios, puesto que la retención en la fuente se aplica tanto a los contratistas como a los empleados, correspondiendo esa suma como un pago anticipado del impuesto de renta según el artículo en cita; de manera que, esa discusión debe presentarse ante la autoridad tributaria y no es objeto de estudio en el presente asunto, por lo que no hay lugar a acceder a dicha pretensión.

Y de igual manera, en consonancia con lo anterior, frente al pago de estampillas, debe decirse que esa correspondía a una carga por la suscripción de contratos de prestación de servicios, y solo hasta este momento se declara una relación laboral encubierta, de manera que no hay lugar a la devolución solicitada.

10.5. Del reconocimiento de perjuicios morales.

La demandante solicitó por concepto de perjuicios morales, se condenara a la demandada al pago de 500 SMLMV, sin más argumentación; ante lo cual debe decirse que, el derecho a percibir las prestaciones ordinarias en casos de declaratoria de relación laboral encubierta sólo surge únicamente con la sentencia que así las reconoce; de manera que esto, no puede predicarse como perjuicio autónomo la imposibilidad de recibir dichas sumas de dinero al finalizar de la relación contractual; pues solo en el momento de la declaratoria de primacía de realidad sobre las formas, surge la obligación a cargo de la entidad demandada de reconocer y pagar las sumas solicitadas.

Por otra parte, se precisa que, los perjuicios de índole moral deben ser debidamente acreditados; especialmente en la naturaleza de este asunto, como lo es el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, donde no existe presunción de tipo legal sobre daños inmateriales de tipo moral.

Ahora, las pruebas documentales que reposan dentro del proceso no dan cuenta de los perjuicios morales solicitados por la demandante, y, la prueba testimonial recaudada solo se refiere a la prestación de servicios como auxiliar de enfermería, labores realizadas, y la suscripción de contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado; de manera que, en ninguno de ellos se hace alusión a perjuicios padecidos; y, el apoderado de la parte demandante tampoco indaga sobre padecimientos morales, ni nada que acredite los perjuicios inmateriales reclamados; de manera que no encuentra esta Sala los elementos probatorios necesarios para acceder al reconocimiento de los perjuicios reclamados por la demandante.

11. Indexación.

Finalmente, se dispondrá la actualización de la condena, aplicando para ello la siguiente fórmula¹⁴:

$$R. = Rh. \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

El valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia) por el índice inicial (vigente en la fecha en que debió

efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del C.P.A.C.A. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Así mismo, por todo lo considerado, deberán declararse fundadas las siguientes excepciones propuestas por la ESE Hospital San Félix de la Dorada respecto de la vinculación de la señora María Elena Tamayo Naranjo, mediante Cooperativas de Trabajo asociados *“Ausencia de los elementos del contrato de trabajo”, “Inexistencia del vínculo laboral pretendido y ausencia de ocultamiento de la realidad”*; y se declararán prósperas las excepciones de *“Prescripción de los créditos laborales”, “Prescripción de la solicitud de declaración de contrato realidad”*, respecto de los derechos ocasionados con los contratos de prestación de servicios suscritos directamente entre las partes demandante y demandada.

Y, frente a la excepción de *“Ausencia de solicitud de reconocimiento de relación laboral”*; esta se declarará impróspera por cuanto se encuentra demostrado que, en la petición elevada a la ESE Hospital San Félix el 9 de febrero de 2017 si se solicitó el reconocimiento de una relación laboral.

12. 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.

En virtud de que solo prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda, no habrá condena en costas en esta instancia, de acuerdo al numeral 5 del artículo 365 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: Declárase la nulidad del oficio número RG. 3097 suscrito el 5 de marzo 2017, proferido por el profesional especializado del Área Administrativo de la ESE Hospital San Félix de la Dorada, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de sumas de dinero por concepto de salarios y prestaciones sociales, de la señora María Elena Tamayo naranjo.

Segundo: Declarar fundadas las excepciones propuestas por la ESE Hospital San Félix de la Dorada respecto de la vinculación de la señora María Elena Tamayo Naranjo, mediante Cooperativas de Trabajo asociados denominadas: *“Ausencia de los elementos del contrato de trabajo”, “Inexistencia del vínculo laboral pretendido y ausencia de ocultamiento de la realidad”*; y se declaran prósperas las excepciones de *“Prescripción de los créditos laborales”, “Prescripción de la solicitud de declaración de contrato realidad”*.

Tercero: Declarar infundadas las excepciones denominadas: *“Ausencia de los elementos del contrato de trabajo”, “Inexistencia del vínculo laboral pretendido y ausencia de ocultamiento de la realidad”*; propuestas por la ESE Hospital San Félix de la Dorada respecto de la vinculación de la señora María Elena Tamayo Naranjo con la ESE Hospital San Félix mediante Cooperativas de Trabajo asociados.

Cuarto: Declarar fundadas las excepciones de *“Prescripción de los créditos laborales”, “Prescripción de la solicitud de declaración de contrato realidad”*, propuestas por la ESE Hospital San Félix de la Dorada.

Quinto: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción extintiva de los derechos laborales y prestacionales derivados de los contratos de prestación de servicios con anterioridad al 31 de octubre de 2013; excepto lo relacionado con los aportes al Sistema de general de Seguridad Social en Pensiones.

Sexto. Como consecuencia, se declara la existencia de una relación laboral entre la señora María Elena Tamayo naranjo y la ESE Hospital san Félix de la Dorada, Caldas, en virtud de los contratos con ocasión de los cuales se desempeñó como auxiliar de enfermería, tiempo transcurrido **entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2012; entre el 1 septiembre y el 31 de octubre de 2012; del 1 al 31 de diciembre de 2012; del 1 de enero al 31 de agosto de 2013; del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013; del 1 de enero al 30 de junio de 2014; del 1 al 30 de**

septiembre de 2015; del 1 al 31 de octubre de 2015; del 30 de octubre al 30 de noviembre de 2015; y del 30 de noviembre al 31 de diciembre de 2015

Séptimo: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **se condena a la ESE Hospital San Félix de la Dorada**, a pagar en favor de la demandante, señora María Elena Tamayo Naranjo **las prestaciones sociales de orden legal** dejadas de percibir en virtud de los vínculos a través de contratos de prestación de servicios en el tiempo **entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2014; entre el 1 y el 30 de septiembre de 2015; entre el 1 y el 31 de octubre de 2015; entre el 30 de octubre y el 30 de noviembre de 2015; y entre el 30 de noviembre y el 31 de diciembre de 2015**, y devengadas por auxiliares de enfermería de planta de la ESE, teniendo en cuenta además, los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada por concepto de indemnización equivalente a las prestaciones sociales y salariales ordinarias se actualizarán de acuerdo con la siguiente fórmula: $R = Rh \times \text{índice final} / \text{índice inicial}$, donde el valor presente (R) se determinará al multiplicar el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de la sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de la causación de la prestación).

La ESE Hospital San Félix de la Dorada, deberá tener en cuenta los honorarios pactados en todos los contratos celebrados y calcular el ingreso base de cotización (IBC) pensional del actor, mes a mes, a fin de establecer si existe diferencia entre los aportes realizados por aquel y los que se debieron efectuar, y **SE ORDENA** cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, pero solo en el porcentaje que le correspondía en su calidad de empleador. Para tales efectos, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema durante los vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, de acuerdo con las consideraciones de esta providencia.

El tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para **efectos pensionales**, esto es **entre el 1 y el 30 de junio de 2012; entre el 1 septiembre y el 31 de octubre de 2012; del 1 al 31 de diciembre de**

2012; del 1 de enero al 31 de agosto de 2013; del 1 de septiembre al 31 de octubre de 2013; del 1 de enero al 30 de junio de 2014; del 1 al 30 de septiembre de 2015; del 1 al 31 de octubre de 2015; del 30 de octubre al 30 de noviembre de 2015; y del 30 de noviembre al 31 de diciembre de 2015.

Octavo: No condenar en costas en esta instancia.

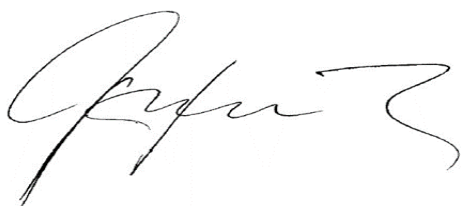
Noveno: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia conforme a los artículos 188, 189 y 192 del CPACA.

Las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia según lo previsto en el CPACA.

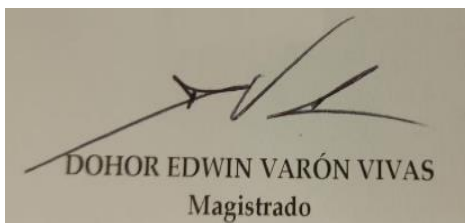
Décimo: Ejecutoriada esta providencia, **liquidar** los gastos del proceso, **devolver** los remanentes si los hubiere, y **archivar** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinticinco (25) agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 005 2017 00234 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Dolly Galvis Marín
Demandado:	Colpensiones
Providencia:	Sentencia No. 151

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 24 de febrero de 2020, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones.

La parte demandante, mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, solicita:

***“Primera.-** Se declare la nulidad de la Resolución No GNR 142263 del 16 de mayo de 2016, por medio de la cual se desconocieron y negaron los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.*

***Segunda.-** Se declare la nulidad de la Resolución No VPB 39594 del 18 de octubre de 2016, por medio de la cual resolviendo un recurso de apelación confirmó la Resolución No GNR 142263 del 16 de mayo de 2016, desconociendo y negando los factores salariales correspondientes a la Pensión de Jubilación de mi representada, negando con ésta sus derechos adquiridos.*

***Tercera.-** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, igualmente se declare que la actora tiene pleno derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES- le reconozca y ordene pagar su pensión de Jubilación, en cuantía de \$2.449.708,28 ML/Cte, efectiva a partir del 01 de enero de 2016, fecha de retiro del servicio, asimismo, proceda a liquidar los reajustes pensionales decretados en las leyes 4/76 y 71/88.*

***Cuarta.** Se condene a La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, a pagar a la actora una pensión Mensual*

Vitalicia de Jubilación, equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento de la totalidad de los factores de salario devengados en el año inmediatamente anterior a la fecha de retiro del servicio oficial, o sea, \$2.449.708,28 ML/ Cte., conforme al régimen ordinario aplicable a los empleados del sector oficial según la ley 33/85, 62/85, 71/88 y las demás normas concordantes, recurriendo a éstas para la forma de liquidación por principio de favorabilidad para el trabajador habiendo (sic) cuenta, adicionalmente de haber consolidado más de 15 años de servicio con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100, por lo que en efecto se había generado en su favor un beneficio conforme al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Quinta.- *Se ordene liquidar y pagar, a expensas de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-, a favor de la actora, la totalidad de las diferencias entre lo que se ha venido pagando en virtud de la Resolución No. 25821 y la sentencia que dé fin a este proceso, a partir del retiro del servicio oficial, hasta el momento de inclusión en nómina con la totalidad de factores salariales demandados, teniendo en cuenta para efectos de la cuantía definitiva, los siguientes factores salariales: Incremento de Antigüedad Factor Nacional, Incentivo Desempeño, Bonificación por servicios, Prima de Servicios, Prima de Navidad, Prima de vacaciones y Bonificación por Recreación, además de aquellos que se tuvieron en cuenta en las Resoluciones mencionadas.*

[...]

2. Hechos.

La parte actora fundamentó sus pretensiones en los hechos que se narran a continuación:

Se indicó en la demanda que la señora Dolly Galvis Marín prestó sus servicios al Estado en la DIAN por más de veinte años, siendo beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Advierte que la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones - mediante Resolución Nro. GNR 25821 de 5 de febrero de 2015, incluida en nómina mediante Resolución No. 416554 de 23 de diciembre de 2015, reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la señora Galvis Marín, en una cuantía mensual de \$1.853.636, a partir del 1º de enero de 2016.

A través de petición realizada el 26 de abril de 2016 y recurso de apelación radicado el día 24 de agosto de 2016, solicitó a Colpensiones la revisión de su pensión para que se tuviera en cuenta el 75% de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

La Administradora Colombiana de Pensiones resolvió de manera desfavorable la solicitud de reliquidación pensión de jubilación de la demandante mediante Resolución No. GNR142263 de 16 de mayo de 2016 y Resolución No. VPB 39594 de 18 de octubre de 2016.

Indicó que el acto de reconocimiento pensional sólo incluyó la asignación básica, desconociendo los siguientes conceptos: Incremento de antigüedad, factor nacional, incentivo de desempeño, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y bonificación por recreación.

3. Normas violadas y concepto de violación.

Constitución Política artículos 2, 6, 25, 53 y 58; Código Civil artículo 10; Ley 57 de 1987; Ley 1437 de 2011 artículo 138; Ley 100 de 1993 artículo 36 inciso 2º; Leyes 33 y 62 de 1985; Ley 4 de 1966 artículo 4º; Decreto 1743 de 1966; Decreto 3135 de 1968; Ley 5 de 1969 y Ley 71 de 1988.

Se argumentó que la entidad demandada al expedir los actos administrativos demandados violó la ley, reconociendo de manera incompleta las prestaciones de su representada, limitándose a liquidar la mesada con base en normas enumeradas de forma taxativa, las cuales no son aplicables al régimen ordinario de los empleados del sector oficial, desestimando sus derechos adquiridos. Expresó que, de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, todos los emolumentos que percibe el trabajador deben ser considerados como salario y deben ser incluidos para efectos del cálculo de la mesada pensional, encontrándose que como la entidad demandada desconoció dichos preceptos dio lugar a la nulidad de sus actos.

4. Contestación de la demanda.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos adujo que unos son ciertos y otros no lo son.

Propuso como excepciones las que denominó: “Ausencia del derecho reclamado – aplicación normativa y reliquidación pensional”, “Improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”, “improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, “Prescripción del reajuste a la mesada pensional”, “Improcedencia de los intereses moratorios por no dar cumplimiento al fallo conforme lo dispuesto en el artículo 192 del CPACA”, “Buena fe” y “declarables de oficio”. Concluye que no es procedente la reliquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante comoquiera que la postura jurisprudencial imperante fija las reglas para determinar el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de modo que no es lo devengado en el último año de servicio sino el promedio de los últimos diez años lo que

sirve de base para la liquidación, aunado a los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994 únicamente.

5. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales profirió sentencia el 10 de septiembre de 2020 mediante la cual resolvió:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADAS las excepciones de “ausencia del derecho reclamado aplicación normativa y reliquidación pensional”, “improcedencia de tomar todos los factores salariales devengados”, e “improcedencia de reliquidar la prestación pensional”, propuestas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES.

SEGUNDO.- NEGAR las pretensiones de la demanda dentro del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** instaurado por **LUZ MARINA MUÑOZ CARVAJAL** en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES.

TERCERO- SIN COSTAS, por lo considerado. [...]”

La pretensión de reliquidación con todos los factores devengados en el último año de servicio fue negada por el juez de primera instancia con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, en donde se establecen las subreglas para determinar el ingreso base de liquidación de los beneficiarios del régimen de transición de la Ley 100 de 1993; al respecto, encontró que el promedio de los últimos diez años aplicado por Colpensiones para determinar el IBL de la pensión de la demandante, se encuentra ajustado a las reglas sentadas por la Alta Corporación.

Agrega que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, determinó ingreso base de liquidación con los factores sobre los que se efectuó cotización y que se encuentran enmarcados en el Decreto 1158 de 1994 (no obra prueba de lo contrario), sin que sea viable incluir factores adicionales no enlistados.

6. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que resulta inviable que se dé aplicación retroactiva a la jurisprudencia citada en el fallo como sustento de la decisión, menos aún cuando se trata de derechos laborales adquiridos.

De otro lado, estima que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no debe aplicarse parcialmente pues así no lo contempla la norma. Advierte, en todo caso, que si bien no se reconocen la totalidad de los factores salariales devengados en el último año, sí debe

ordenarse reliquidar la prestación con el promedio de los factores devengados en los últimos diez años, o de todo lo cotizado.

En suma, solicita se revoque en su totalidad la providencia impugnada, y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda, ordenando la reliquidación de la pensión con inclusión de la totalidad de factores salariales devengados durante el último año de servicios en los términos de las Leyes 33 y 62 de 1985.

6. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio y el Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

Solicita la parte demandante en este proceso de Nulidad y Restablecimiento del Derecho promovido contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que por esta Corporación se declare la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales dicha entidad negó la reliquidación de su pensión de jubilación con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales devengados durante el último año de prestación de servicios; consecuentemente, se ordene la reliquidación de la pensión de conformidad con la Ley 33 de 1985, esto es, con el 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios.

La entidad demandada, por su parte, se opone a las pretensiones de la demanda pues según dice, dichos actos administrativos fueron expedidos de conformidad con el régimen de transición a que tenía derecho la parte actora, quien acreditó los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, procediendo a aplicar una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL de los últimos diez años, teniendo en cuenta los factores salariales consagrados en el Decreto 1158 de 1994.

1. Problemas Jurídicos.

De conformidad con lo planteado en el recurso de apelación, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se contraen a los siguientes:

1.1. ¿Cuál es el régimen legal aplicable a la situación pensional de la demandante?

1.2. ¿Procede el reajuste de la pensión de vejez con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios?

2. Del régimen pensional aplicable a la parte demandante.

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones, estableció en el artículo 11 -modificado luego por el artículo 1º de la Ley 797 de 2003-, que “Para efectos de este artículo se respetarán y por tanto mantendrán su vigencia los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pacto o convención colectiva de trabajo...” /Subraya la Sala/.

El Sistema General de Pensiones (Ley 100 de 1993) entró a regir el 1º de abril de 1994 para los servidores públicos del orden nacional (art. 1º Decreto 691 de 1994), mientras que para los servidores públicos del orden territorial a más tardar el 30 de junio de 1995 (arts. 1 y 2); luego, el canon 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló en lo pertinente que:

“...La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en Vigencia el Sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley...

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de Jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho en desarrollo de los derechos adquiridos a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos...” /Destacado también de la Sala/.

Siguiendo la normativa en cita, en el *sub lite* se pudo establecer que la señora Dolly Galvis Marín, al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 4 de noviembre de 1950, de suerte que es beneficiaria del régimen de transición a que alude el precepto 36 parcialmente transcrito.

El régimen previsto para los servidores públicos con anterioridad a la Ley 100/93 se encuentra contenido en la Ley 33 de 1985¹, en cuyo artículo 1º señala:

“El **empleado oficial** que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.” /Resalta la Sala/

¹ Modificada por la Ley 62 del mismo año.

De las pruebas allegadas al proceso, se observa que la demandante prestó sus servicios a la DIAN durante más de 20 años, en calidad de empleada pública. / Archivo 04/

Con base en lo expuesto, es diáfano para la Sala que la accionante se encuentra cobijada por el régimen pensional de la Ley 33/85.

Precisado el régimen pensional aplicable, procede la Sala a determinar los factores salariales que resultaban aplicables a la liquidación pensional de la parte demandante.

3. Del Ingreso Base de Liquidación – IBL.

En el sub lite, se tiene que la accionante es beneficiaria del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100/93, y por ende, su situación pensional se halla gobernada por la Ley 33 de 1985. Ahora, el debate se circunscribe al alcance de los beneficios de la transición y los factores salariales a tener en cuenta en el cómputo pensional.

La citada Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de la misma anualidad, en sus artículos 1º y 3º previó:

“Artículo 1º.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio

(...)

Artículo 3º “Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión.

Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes”-/Resalta la Sala/.

Como se vislumbró desde la etapa primigenia del proceso, el marco de discusión se contrae a la inclusión o no del ingreso base de liquidación (IBL) dentro del catálogo de

beneficios previstos por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a partir de ahí, si el IBL que debe tomarse en consideración es el contenido en las normas anteriores o si por el contrario, al quedar excluido de la transición, este aspecto en concreto ha de entrar a gobernarse por las previsiones del sistema pensional general que entró en vigencia el primero (1º) de abril de 1994.

El debate jurídico sobre el particular se enmarca en el contexto de posturas jurídicas encontradas, puntualmente a raíz de la adoptada por la Corte Constitucional que tiene como hitos jurídicos las providencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, en las que se separó de la hermenéutica que el Consejo de Estado –y el mismo Tribunal Constitucional- venían otorgando al alcance del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En relación con este tema, este Tribunal había estado interpretando de manera pacífica y reiterada que cuando el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 dispone que *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez”* serán los previstos en el régimen anterior, ha de entenderse que en este último concepto se incluyen tanto la tasa de reemplazo como el ingreso base de liquidación (IBL) que contenían las normas precedentes a su vigencia, pues una intelección opuesta vulnera el principio de inescindibilidad normativa y de contera, crea un tercer régimen pensional no previsto por el legislador.

En consecuencia con esta línea de argumentación, el Tribunal también sostuvo que la Ley 33 de 1985 ilustra que, así se hagan aportes a la Caja de Previsión basados en rubros distintos de los enlistados en el inciso segundo del artículo 3º, las pensiones se liquidarán teniéndolos en cuenta, intelección que se acompasa con lo estipulado en el canon 1º también trasunto², y que se complementa con la definición de salario trazada por el Consejo de Estado, que lo define en su jurisprudencia como *“lo que el trabajador recibe en forma habitual o a cualquier título y que implique retribución ordinaria permanente de servicios, sea cual fuere la designación que las partes le den”*³.

El otro de los fundamentos que había venido tomando esta colegiatura como soporte de su hermenéutica se hallaba en la postura -también reiterada- del órgano de cierre de esta jurisdicción, que en varias oportunidades insistió⁴ en lo pregonado en la

² Ver entre muchas otras, sentencias del 16 de junio de 2015, Exp. 2013-00299-02 y Exp. 2013-00369-02. M.P. Augusto Morales Valencia.

³ Sentencia del 19 de febrero de 2004, Sección Segunda, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Expediente: 25000-23-25-000-2007-00001-01(0302-11).

sentencia de la Sala Plena de la Sección Segunda, de cuatro (4) de agosto de 2010⁵, por cuyo ministerio:

“(…) Así, esta Sala en la sentencia de Sección del cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010), Expediente No. 0112-2009, Actor: Luis Mario Velandia, unificó los criterios en mención, para llegar a la conclusión de que la Ley 33 de 1985 no indica en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios...”. /Resalta la Sala/.

Sin embargo, ante la irrupción de la nueva postura interpretativa de la Corte Constitucional introducida en las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, el Consejo de Estado reforzó su doctrina, y en fallo de veinticinco (25) de febrero de 2016, sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda⁶, ratificó una vez más la postura asumida por este Tribunal en cuanto a la aplicación del IBL del último año de servicios a los beneficiarios de la transición consagrada en la Ley 100 de 1993.

En síntesis, el máximo órgano de esta jurisdicción especializada acudió a la postura que de forma reiterada había plasmado frente a este tema específico⁷, corroborando que cuando las normas de transición contienen el concepto de “monto” de la pensión, este hace referencia no solo a un porcentaje, como quiera que este es un mero dato abstracto, sino a la suma de las partidas o promedio de los factores salariales devengados por el trabajador, a lo cual añadió que el Decreto 1158 de 1994 establece el Ingreso Base de Cotización (IBC) y no el Ingreso Base de Liquidación (IBL), que en el caso de los beneficiarios del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100/93, debía continuar rigiéndose por las normas anteriores al primero (1º) de abril de 1994.

En la misma providencia, el Consejo de Estado convalidó la postura plasmada en la Sentencia de Unificación de cuatro (4) de agosto de 2010 con ponencia del Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila en el expediente Rad. 0112-2009 (citada líneas atrás), en punto a la inclusión de la totalidad de factores salariales devengados en el último año de servicios en aras de establecer el monto de la pensión.

Respecto a la posición introducida en la Sentencia C-258 de 2013 por la Corte Constitucional, el supremo tribunal de esta jurisdicción indicó que no era posible

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, fecha: 4 de agosto de 2010, Ref: Expediente No. 250002325000200607509 01.-, Número Interno: 0112-2009.-, Actor: Luís Mario Velandia.

⁶ Sentencia de veinticinco (25) de febrero de 2016. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Expediente: 25000234200020130154101.

⁷ Acudió a la Sentencia de 21 de junio de 2007, Radicado 0950 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

extender la hermenéutica allí plasmada a la generalidad de los casos, básicamente por cuanto, (i) tal decisión aborda el estudio de constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4ª de 1992, que consagra un régimen pensional de privilegio, y no la generalidad de beneficiarios de los regímenes anteriores a la Ley 100/93; (ii) las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 tienen justificación y racionalidad y no hicieron parte del examen de constitucionalidad, con lo cual no pueden extenderse sus efectos; y (iii) el Consejo de Estado ya hace varios años ha determinado que la enunciación de factores salariales de las Leyes 33 y 62 de 1985 no es taxativa, pronunciamiento que constituye precedente para los funcionarios de esta jurisdicción especializada.

Por su parte, en relación con la Sentencia SU-230 de 2015, que adoptó como precedente frente al régimen de transición en pensiones la argumentación consignada en la sentencia C-258 de 2013 ya referida, el Consejo de Estado planteó que dicha providencia avala la postura que sobre el particular ha mantenido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en el marco de sus competencias y en concreto, en el escenario decisional de la jurisdicción ordinaria.

El temperamento jurídico esbozado hasta este punto, que había permitido a este Tribunal mantener la posición del órgano supremo de esta jurisdicción, fue morigerado en cuanto a sus límites temporales con la expedición de la Sentencia T-615 de 2016, en la que adujo la Corte Constitucional que el precedente jurisprudencial consignado en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015 sólo resultaba obligatorio para aquellos casos en los que se dictara sentencia con posterioridad a la ejecutoria de esta última, anotando en todo caso que si el estatus pensional se había adquirido antes de la ejecutoria de la providencia primeramente citada (C-258 de 2013), el criterio interpretativo esbozado por el Tribunal constitucional no resultaba obligatorio.

En el caso de este Tribunal Administrativo, se aplicó esta regla por un breve lapso, hasta cuando la Sentencia T-615 de 2016 fue declarada nula a instancias del mismo tribunal constitucional con Auto N° 229 de 2017 (M.P. José Antonio Cepeda Amaris).

Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció una vez más sobre la interpretación que en su criterio debe dársele al régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993. Dicho pronunciamiento se halla en la Sentencia SU-395 de 2017⁸, de la cual el tribunal extracta lo pertinente:

“(…) 10.2.2.1. Este caso se refiere al reconocimiento de la pensión de jubilación a un beneficiario del régimen de transición de la Ley 33 de 1985 con un monto del 75% liquidado con el IBL de la Ley 100 de 1993 que, al pretender la reliquidación de su mesada pensional con base en el último año de servicios -Ley 33 de 1985 y factores salariales de la Ley 62 de 1985-

⁸ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

inició proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual ordenó la reliquidación de la mesada con base en el 75% de lo devengado por el demandante en el último año de servicio oficial con la inclusión de todos los elementos salariales percibidos. En segunda instancia, el Consejo de Estado revocó parcialmente lo decidido al incluirse la prima de bonificación -por no ser elemento salarial- y haberse compensado los aportes de los demás elementos salariales incluidos en la liquidación. (...)

10.2.2.2. Sobre las anteriores consideraciones, la Sala Plena estima que se configuran los defectos endilgados en la demanda de tutela por las siguientes razones:

(...) Conforme con ello, se ha entendido en sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, que cuando el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere a “monto de pensión” como una de las prerrogativas que se mantienen del régimen anterior, **está refiriéndose al porcentaje aplicable al Ingreso Base de Liquidación**. Lo anterior, tiene sentido no sólo desde el punto de vista del lenguaje sino también con fundamento en el alcance, finalidad y concepto del régimen de transición.

En la medida en que **si el inciso tercero de la norma bajo análisis expresamente establece cuál debe ser el Ingreso Base de Liquidación para los beneficiarios del régimen de transición, entonces el monto se refiere al porcentaje aplicable a esa base que será el señalado por la normativa anterior que rija el caso concreto. En igual sentido, los factores salariales, al no determinar el monto de la pensión sino parte de la base de liquidación de la misma, serán los señalados por la normativa actual, en este caso, por el Decreto 1158 de 1994.**

A través de las Sentencias C-168 de 1995 y C-258 de 2013, a la Corte Constitucional le correspondió estudiar la constitucionalidad de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin dejar lugar a dudas sobre el alcance del inciso tercero, en cuanto a que el mismo determina el ingreso base de liquidación aplicable a los beneficiarios del régimen de transición en los términos de los incisos primero y segundo.

Sin embargo, el decreto citado reiteró que hay un régimen de transición, que por lo tanto se torna inalterable: "Artículo 4º. Los servidores públicos que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida, estarán sujetos al régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y demás disposiciones que lo reglamentan". De manera que las consideraciones esbozadas sobre la interpretación de los incisos segundo y tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son aplicables al caso concreto y, en general, a quienes se regían por la Ley 33 de 1985. No obstante todo lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la sentencia impugnada, interpretó dichas disposiciones de manera evidentemente contraria a como ha sido esbozado, desconociendo lo establecido expresamente por el legislador, así como lo dispuesto en la Sentencia C-168 de 1995.

A este respecto, la sentencia impugnada concluyó que el inciso tercero sólo se habilita cuando el régimen anterior aplicable en el caso concreto no establece una norma expresa que determine el ingreso base de liquidación. Así las cosas, encontró también que el monto de la pensión incluía no sólo la tasa de reemplazo, sino también el Ingreso Base de Liquidación, los factores salariales y los demás elementos constitutivos de la liquidación. Perspectiva bajo la cual se advierte un defecto sustantivo por desconocimiento del texto legal al otorgarle un alcance no previsto por el legislador, acompañado además de una violación directa de la Constitución.

Y aun cuando en sentencias de tutela posteriores a la Sentencia C-168 de 1995 se haya ordenado la reliquidación de pensiones al entender que la expresión “monto de la pensión” incluía ingreso base de liquidación, éstas simplemente ostentan un efecto inter-partes que no tiene la virtualidad de subsanar el defecto advertido en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

El Acto Legislativo 01 de 2005, en su inciso 6, introdujo la regla ya consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual, Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Y, en cuanto al régimen de transición, hizo remisión a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...) En este orden de ideas, es posible concluir que de acuerdo con lo expresamente establecido por el legislador en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por el Constituyente en el Acto Legislativo 01 de 2005, así como con los principios de eficiencia del Sistema de Seguridad Social, correspondencia entre lo cotizado y lo liquidado, y el alcance y significado del régimen de transición, la interpretación constitucionalmente admisible es aquella según la cual el monto de la pensión se refiere al porcentaje aplicable al IBL, y, por tanto, el régimen de transición no reconoce que continúan siendo aplicables ni el IBL ni los factores salariales previstos con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

Por último, cabe recordar que la Sentencia C-258 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 sobre régimen especial de Congresistas y Magistrados de Altas Cortes, sostuvo que, no obstante que el Acto Legislativo 01 de 2005 haya respetado la existencia de un régimen de transición en materia pensional, “impuso límites temporales y materiales. En cuanto a los beneficios y condiciones, la reforma constitucional remitió a lo consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, disposición que establece que los beneficiarios del régimen de transición tendrán derecho a que se les apliquen las normas pensionales anteriores, en relación con la edad, el tiempo de cotización o servicios prestados, **y el monto de la pensión, entendido como tasa de remplazo**. Las demás condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez, se sujetan a las disposiciones contenidas en el sistema general de pensiones”.

10.2.2.3. Por lo anterior, habrá de ser revocada la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado -Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta- el 11 de agosto de 2011, dentro de la acción de tutela instaurada en contra de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual denegó por improcedente la acción de tutela. En su lugar, se concederá la protección del derecho fundamental al debido proceso” /Líneas y resaltados son de la Sala/.

En igual sentido, el Consejo de Estado unificó su postura en la sentencia de veintiocho (28) de agosto de 2018⁹, en la cual indicó el Ingreso Base de Liquidación que debe tenerse en cuenta para las personas beneficiarias del régimen de transición:

“91. Para la Sala Plena de esta Corporación esa es la lectura que debe darse del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. El artículo 36 contiene todos los elementos y condiciones para que las personas beneficiarias del régimen transición puedan adquirir su pensión de vejez con la edad, el tiempo de servicios o semanas de cotización y la tasa de remplazo del régimen anterior y con el IBL previsto en el mismo artículo 36, inciso 3, y en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. La regla establecida por el legislador en el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 excluyó la aplicación ultractiva del ingreso base de liquidación que consagraba el régimen general de pensiones anterior a dicha ley. El reconocimiento de la pensión en las condiciones previstas a cabalidad por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 constituye un verdadero beneficio para este grupo poblacional, porque frente a los mismos requisitos que están consagrados para el Sistema General de Pensiones, indudablemente, le son más favorables.

(...)

⁹ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P.: César Palomino Cortés. Expediente: 52001-23-33-000-2012-0143-01. Demandante: Gladis del Carmen Guerrero de Montenegro. Demandado: UGPP.

94. La primera subregla es que para los servidores públicos que se pensionen conforme a las condiciones de la Ley 33 de 1985, el periodo para liquidar la pensión es:

- Si faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho a la pensión, el ingreso base de liquidación será (i) el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o (ii) el cotizado durante todo el tiempo, el que fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

- Si faltare más de diez (10) años, el ingreso base de liquidación será el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.”

Asimismo, en la misma providencia esa Alta Corporación señaló que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional de los servidores públicos beneficiarios de la transición deben ser únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes al sistema pensional.

Rectificación Jurisprudencial:

Tanto la sentencia SU-395 de 2017 y la de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018, marcan un precedente de especial incidencia en la interpretación del tema que ocupa la atención de esta Sala. A diferencia de las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015, la primera providencia sí se refiere puntualmente al contenido del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aludiendo en especial a los servidores públicos, a tal punto que la decisión allí contenida revocó varias sentencias proferidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado que hacían parte de la línea de entendimiento tradicionalmente asumida por esta jurisdicción especializada.

En el nuevo pronunciamiento, la Corte Constitucional hace énfasis de manera contundente en que la interpretación constitucionalmente válida frente al citado régimen transicional en materia pensional involucra componentes esenciales que pueden sintetizarse así: **(i)** el régimen de beneficios consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene la edad, el número de semanas cotizadas o tiempo de servicios y el monto de la pensión, entendido exclusivamente como tasa de reemplazo o porcentaje; **(ii)** por el contrario, el Ingreso Base de Liquidación (IBL) se rige por las normas del sistema pensional general (Ley 100/93), pues no integra el ámbito de la transición; **(iii)** los factores salariales hacen parte de la base pensional o IBL y no del “monto” de la prestación, por lo que serán los señalados en los Decretos 691 y 1158 de 1994; y **(iv)** se ratifica el mandato de correspondencia entre las cotizaciones y el reconocimiento pensional, por lo que los factores que no sean objeto de aportes al sistema no se verán reflejados en la liquidación del derecho reconocido.

Como se anotó líneas atrás, el contenido de la transición ha atravesado por diversas posibilidades hermenéuticas, dentro de las cuales este Tribunal había adoptado de manera uniforme la que señalaba al IBL como parte integrante del catálogo de beneficios, y con ello, la posibilidad de reconocer todos los factores salariales y la base de liquidación de las normas anteriores a la Ley 100 de 1993. Sin embargo, el hecho de que el último precedente constitucional aluda de manera directa a la situación de ex servidores públicos beneficiarios de la transición y cobijados por decisiones del máximo órgano de esta jurisdicción, revela sin lugar a equívocos que el marco de aplicación de la hermenéutica introducida por el Tribunal Constitucional se extiende a aquellos litigios que involucran la generalidad de los regímenes pensionales anteriores a 1994 y no solo aquellos especiales inicialmente abordados en las Sentencias C-258 de 2013 y SU-230 de 2015.

Todo ello teniendo en cuenta además la postura adoptada por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción, pues la sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de 2018 determinó las reglas aplicables en los casos de aquellos beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100/93, estableciendo claramente que el IBL a tener en cuenta es aquel contenido en el inciso 3º del mencionado precepto y que los factores salariales a incluir en la liquidación pensional son solo aquellos sobre los cuales se hayan realizado los respectivos aportes.

Con base en ello, y atendiendo a que en los términos de la guardiana de la Carta esta es la interpretación constitucionalmente admisible del beneficio de la transición y a la posición del H. Consejo de Estado fuerza que el Tribunal rectifique la postura hasta ahora esbozada y en consecuencia, acoja en adelante el precedente constitucional desarrollado con amplitud en la Sentencia SU-395 de 2017 y el precedente vertical obligatorio de la sentencia emanada del H. Consejo de Estado el veintiocho (28) de agosto de 2018; precedente que se aplica a todas aquellas situaciones que se encontraban en discusión tanto en sede administrativa como en sede judicial, tal y como ocurre en el sub iudice.

4. El caso concreto.

Conclusión de lo dilucidado, y habida consideración de que las pretensiones de la demanda se contraen a la aplicación del IBL y demás factores salariales de la Ley 33 de 1985 respecto de la liquidación de la pensión de la parte demandante en su calidad de beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dable es concluir que le asiste razón a Colpensiones cuando afirma que no procede la reliquidación de la pensión de la parte actora con la totalidad de los factores devengados en el último

año de servicio sino con los expresamente establecidos en el Decreto 1158 de 1994, que hubieren sido devengados y tomados como base de cotización durante los últimos diez años de servicio.

Por ende, la entidad de previsión se sujetó a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3 del Decreto 1833 de 2016, para determinar los factores salariales a incluir en la base de liquidación, norma que consagra lo siguiente:

*“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:
a) **La asignación básica mensual;**
b) Los gastos de representación;
c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;
e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
g) **La bonificación por servicios prestados”.***

Atendiendo a la postura adoptada por este Tribunal, el IBL de la Ley 33 de 1985 no es aplicable a la demandante en razón del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y los factores que deben tenerse en cuenta para la liquidación de su pensión son los contemplados en el Decreto 1158 de 1994.

Respecto a los argumentos de la parte recurrente en cuanto al precedente de la sentencia de unificación del 4 de agosto de 2010, es menester indicar que dicha posición estuvo vigente en cuanto a la interpretación de la transición del artículo 36 de la Ley 100/93, la cual luego fue reevaluada el 28 de agosto de 2018 a raíz de los distintos pronunciamientos tanto de esa Corporación como de la Corte Constitucional sobre las reglas de aplicación en la liquidación pensional, por lo que esta sentencia constituye de obligatorio acatamiento, ello teniendo en cuenta que según los dictados de los artículos 234, 237 y 241 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, son tribunales de cierre de las jurisdicciones ordinaria y contenciosa administrativa, al paso que la Corte Constitucional, al ser el órgano encargado de salvaguardar la supremacía e integridad de la Constitución, tienen el deber de unificar la jurisprudencia, de tal manera que sus pronunciamientos se erigen en precedente judicial de obligatorio cumplimiento.

Es de iterar que el beneficio de la transición no comprende el derecho a que la pensión sea liquidada con el IBL del régimen anterior y por lo tanto, aunque la pensión deba ser reconocida al amparo de la Ley 33 de 1985, no lo será con todos los factores

devengados en el último año de servicios sino con el promedio de lo devengado en los últimos diez años y los factores expresamente señalados en el Decreto 1158 de 1994.

Ahora bien, teniendo claro que no procede la liquidación de la pensión en los términos solicitados por la parte demandante – 75% de todos los factores devengados en el último año de servicios – la conclusión a la que se arriba en esta instancia es aquella según la cual, la pensión tal y como fue reconocida por la entidad accionada se ajusta a derecho, pues ciertamente no resultaba procedente incluir en la liquidación factores tales como prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y en general todos aquellos no contenidos en el Decreto ya referenciado. De los factores devengados, solamente procedía la inclusión en la base de liquidación, el **salario básico** y la **bonificación por servicios prestados**; y verificado el IBL tenido en cuenta por la entidad (\$2.471.514), se observa que el mismo es superior al valor del salario básico (\$2.342.259) del año 2015, lo cual permite colegir que la liquidación no se hizo solamente con el valor del básico como lo pretende hacer ver la parte actora.

En conclusión, se confirmará la sentencia de primera instancia, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

5. Condena en costas

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹⁰ 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 demandada no intervino en esta instancia, razón por la cual no habrá condena en costas.

Con fundamento en lo anterior, la **Sala Segunda Oral de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

¹⁰ *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33- 000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.*

III. Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales dentro del proceso que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora **Dolly Galvis Marín** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**.

Segundo: Sin condena en costas.

Tercero: Notifíquese conforme lo dispone el CPACA.

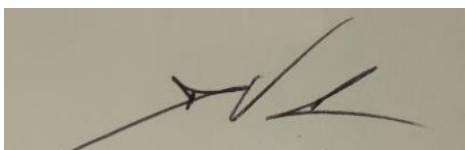
Cuarto: En firme la sentencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese

Proyecto discutido y aprobado en la 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, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	17001-23-33-000-2019-00141-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Mirian Cujíño Gallego
Accionado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social - UGPP
Providencia:	Sentencia No. 153

I. Asunto

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán, quien la preside, y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Mirian Cujíño Gallego contra la UGPP.

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

II. Antecedentes

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

1.1 Declárese la NULIDAD de la Resolución RDP 040625 del 09 de octubre de 2018 proferida por el señor Director de Servicios Integrados de atención unidad de Gestión pensional y Parafiscal UGPP, mediante la cual se negó la solicitud de sustitución pensional reclamada por la señora MIRIAN CUJIÑO GALLEGO, y dispuso que fuera la Jurisdicción Administrativa quien decidiera sobre el derecho al considerar que a pesar

de reunir los requisitos, existe controversia con la señora AMPARO RIVERA.

1.2. Declárese la NULIDAD de la Resolución RDP 045188 del 26 de noviembre de 2018, mediante la cual se confirmó lo dispuesto en la Resolución RDP 040625 del 09 de octubre de 2018.

2 Como consecuencia de las anteriores declaraciones, y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, solicitó:

21 Ordenar a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, expedir un acto administrativo mediante el cual se reconozca a mi representada señora MIRIAN CUJIÑO GALLEGO portadora de la C. de C. No 24 293 483 la sustitución pensional adquirida con ocasión del fallecimiento de su esposo y compañero permanente señor WILLIAM LEAL GIRALDO acaecido el 14 de marzo de 2015, derecho que se reconocerá desde esta fecha, más los incrementos salariales para pensionados en adelante y mientras subsista el derecho, incluida la mesada 14.

22. Ordenar a la entidad demandada, le pague al demandante, las sumas que por tales conceptos correspondan en forma indexada desde el 14 de marzo de 2015.

23. Condenar en costas a la Entidad demandada.

2. Hechos

En síntesis, los siguientes son los fundamentos fácticos de la demanda:

El señor William Leal Giraldo falleció el 14 de marzo de 2015 en esta ciudad.

Al momento de su fallecimiento era pensionado de la Rama Judicial.

La señora Mirian Cujiño Gallegó solicitó ante la UGPP el reconocimiento y pago en su favor de la sustitución pensional en calidad de compañera permanente y luego cónyuge del causante. Mediante la resolución No. RDP 034738 del 24 de agosto de 2015 la entidad demandada le negó a la actora el derecho reclamado al considerar que no estaba acreditado el requisito de convivencia previsto en la Ley 797 de 2003 y la Ley 100 de 1993.

El señor William Leal Giraldo conoció a la señora Mirian Cujiño Gallego en el municipio de Aguadas, Caldas, donde ella residía, siendo él funcionario Judicial en el año 1975; allí nació esa relación, la cual perduró en el tiempo hasta el momento de su fallecimiento; según dice, de ello existen pruebas gráficas y testimoniales, aparte de las personas que declararon ante la Notaría Quinta de Manizales.

Se aduce que el señor William Leal Giraldo estuvo casado con la señora Amparo Rivera, quien falleció el 13 de febrero de 2013, pero para esa fecha el mismo ya hacía vida marital con la demandante.

La U.G.P.P profirió posteriormente la resolución RDP 040625 del 9 de octubre de 2018, negando nuevamente la petición de sustitución pensional en favor de la demandante; según se dice en los hechos, la razón no fue la ausencia de prueba en torno a la convivencia mínima sino a una supuesta controversia por el derecho entre la señora Amparo Rivera y la aquí demandante, lo que condujo a que se dejara en suspenso el reconocimiento de dicha prestación. Contra esa decisión se interpuso recurso alegando que la señora Amparo Rivera se encontraba fallecida a la fecha del deceso del señor William Leal Giraldo y que por lo tanto no era cierta tal disputa del derecho bajo examen. La decisión adoptada por la UGPP fue confirmada mediante la Resolución RDP 045188 del 26 de noviembre de 2018.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se manifiesta en la demanda que *“La entidad demandada, a través de los funcionarios encargados de resolver sobre la pensión del demandante, ha violado las siguientes disposiciones legales para negar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente de la señora MIRIAN CUJIÑO GALLEGO ya que al cumplir con los requisitos previstos por el artículo 13 de la Ley 793, puesto que el causante y mi poderdante convivieron bajo el mismo techo como marido y mujer por más de 40 años, hubo dependencia económica, y la UGPP no desconoce el derecho, sino que somete a la decisión judicial su reconocimiento por mandato del artículo 34 del decreto 758 de 1990, sin analizar esta situación particular donde se ha demostrado que la señor AMPARO RIVERA, ex esposa del causante WILLIAM LEAL GIRALDO falleció antes de este fallecer, es decir esa controversia no existe ya que solo se ha presentado a reclamar el derecho pensional la última cónyuge, con quien convivio desde el año 1974 como se ha probado administrativamente y así se dice en la Resolución 040625 del 9 de octubre de 2016.”*

4. Contestación de la demanda.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante y respecto de los hechos aceptó algunos, negó otros y los restantes no le constan.

Planteó las excepciones que denominó:

“Proceder legal de la entidad demandada” pues estima que los actos administrativos enjuiciados se profirieron de conformidad con las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto es, la Ley 797 de 2003, artículo 13, en virtud de la cual, se debe acreditar una convivencia mínima de 5 años continuos con el pensionado antes de su muerte. Agrega que en virtud del artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, el reconocimiento de la sustitución pensional queda en suspenso cuando frente a un mismo causante existe esposa y compañera permanente con eventual derecho a reclamar. Explica la UGPP que, aunque no existe controversia entre ambas señoras debido al fallecimiento previo de una de ellas, tampoco existe certeza sobre la convivencia simultánea que pudo existir con el señor William Leal en los cinco años anteriores a la muerte de éste, circunstancia que tendría incidencia en la forma en que debe reconocerse el derecho; de ahí que hubiese resuelto dejar en manos de la jurisdicción ordinaria la determinación de ese aspecto específico.

“Buena fe”, “prescripción” y “genérica”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Insistió en que a la señora Miriam Cujiño Gallego le asiste el derecho a acceder a la sustitución de la pensión de su ex esposo y compañero permanente señor William Leal Giraldo, fallecido en esta ciudad el día 14 de marzo de 2015. Asegura que la entre la referida pareja superó los 30 años anteriores a su deceso, como lo han sostenido los testigos que fueron presentados extra procesalmente y en el proceso, esto es, los señores Rubiela Salazar Cardona, Iván Darío Goez, Gloria Stella Leal Rivera y Manuel Alejandro Díaz Leal, estos dos últimos hija y nieto del causante, quienes declararon sobre su conocimiento en relación con las visitas que le hacía el señor Leal Giraldo a su compañera y la ayuda económica que le prodigaba, como la entrega de mercado. Señala que la misma UGPP, luego del trabajo de campo realizada para determinar la titularidad del derecho, estableció que entre el señor William y la señora Mirian existió una convivencia desde el año 1975 en calidad de compañeros y luego como cónyuges a partir del 9 de mayo de 2014, permaneciendo juntos hasta el 14 de marzo de 2015, fecha en la que muere el pensionado. Por último, indica que la demandante se encuentra recluida en un hogar para personas de la tercera edad debido a su estado de salud e insolvencia económica que enfrenta desde la muerte de su esposo, el señor William Leal Giraldo.

5.2. Parte demandada.

Señala que, de la información consignada en el Informe Técnico de Investigación de Sobrevivientes No. 126637 de fecha 28 de septiembre de 2018, expedido por la empresa de seguridad COSINTE LTDA., se tiene que el causante convivió con su primera esposa, señora Amparo Rivera, hasta la fecha de fallecimiento de la misma, momento a partir de la cual decide hacer oficial su relación con la aquí demandante, contrayendo matrimonio con ella y sólo a partir de esa data conviven de manera efectiva, por lo que no se acredita el requisito de convivencia durante los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante.

También señala que, de la totalidad de los testimonios recaudados en audiencia del día 17 de febrero del año 2022, se desprende una duda razonable en cuanto al verdadero tiempo de convivencia de la señora Mirian Cujiño y el señor William Leal Giraldo, pues de aquellos no se puede extraer con claridad y de manera contundente el tiempo real de convivencia efectiva entre la demandante y el causante. Solo se abrió el espacio para más inconsistencias y dudas que imposibilitan el reconocimiento de la prestación que se deprecia.

Adicional a lo anterior, dice que en la mentada audiencia, también se integró al despacho la prueba remitida por el ADRES, donde, tras consulta elevada a dicha entidad, se pudo constatar que no existen registros de beneficiaria al sistema de salud de la señora Mirian Cujiño respecto al señor William Leal; en cambio sí se evidenció que la señora Amparo Rivera, primera esposa del susodicho, figuró como su beneficiaria en el sistema de salud desde el 1 de febrero del año 2005 hasta el 12 de febrero del año 2013 en calidad de cónyuge.

5.5. Ministerio Público: No realizó pronunciamiento alguno.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

➤ ¿La demandante acredita los requisitos legales para acceder al derecho a una sustitución pensional en calidad de compañera permanente y cónyuge del causante, señor William Leal Giraldo?

1. Marco normativo de la sustitución pensional.

La sustitución pensional tiene como finalidad proteger a la familia, al cónyuge o compañero o compañera permanente que dependía económicamente del pensionado que fallece, evitando que además del dolor que conlleva dicha pérdida, se generen otros efectos colaterales en las condiciones de vida de la familia, especialmente en materia económica.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional¹ ha sostenido que existe un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna, ya que esa prestación otorga a los beneficiarios la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado.

Al respecto conviene precisar que, en relación con la normativa aplicable respecto a la sustitución de la pensión ordinaria, ha sido diáfano el Consejo de Estado en disponer que las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, en este caso, al 14 de marzo de 2015 según da cuenta el Registro Civil de Defunción visible a folio 42 del Archivo 01 del expediente digital, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esa Corporación².

Así pues, en el presente caso resulta aplicable la Ley 100 de 1993, *por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dentro del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra el Subsistema General de Pensiones, cuya finalidad es garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la referida ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

El derecho a la sustitución pensional (subrogación en el pago por muerte del titular de la pensión), causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo su amparo por no tratarse de un régimen exceptuado o especial, se rige por la siguiente disposición normativa:

ARTÍCULO 47. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003>
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:
a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del

¹ Sentencia T-140 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² V. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; /Negrilla de la Sala/

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

[...]"

De conformidad con la norma en referencia, el requisito para acceder a la sustitución pensional consiste en que el cónyuge o la compañera o compañero supérstite acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. No se advierte otro requisito adicional que deba ser acreditado por la parte interesada para reclamar y acceder a dicha prerrogativa legal.

En efecto, el requisito de dependencia económica respecto del causante se encuentra previsto únicamente para los siguientes miembros del grupo familiar (artículo 13 de la Ley 797 de 2003):

“c) [...] los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

Conviene señalar igualmente que, tal y como está redactada la norma, no se advierte la existencia de tarifa legal para probar la condición de compañera o compañero permanente ni para acreditar el periodo de convivencia mínimo requerido; luego entonces, puede acudir para ello a los medios de prueba ordinarios establecidos en el Código General del Proceso.

2. Análisis jurisprudencial.

La Corte Constitucional ha abordado el estudio del derecho a la seguridad social a partir de su consagración constitucional (artículo 48), dejando en evidencia que se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, que debe ser garantizado a todos los colombianos en pie de igualdad.

En relación con la protección derivada de la contingencia por muerte del afiliado cotizante o del pensionado, ha precisado lo siguiente²:

[...]

3.3. Específicamente, frente a la pensión de sobrevivientes, esta Corporación ha indicado que aunque la ley la regula en términos generales, esta figura concibe dos supuestos diferentes: la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes propiamente dicha^[80].

Ambos conceptos han sido analizados por esta Corte al desarrollar lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por ejemplo, en la sentencia T-071 de 2019^[81] se indicó:

“De la norma precitada, la jurisprudencia constitucional distingue dos modalidades para hacerse beneficiario de la prestación en cuestión; por una parte, la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular pensionado por vejez o invalidez-, por lo que ocurre strictu sensu una sustitución pensional. Por otra parte, el reconocimiento y pago de una nueva prestación de la que no gozaba el causante, quien era un afiliado, caso en el cual, ‘se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior’”^[82].

Así las cosas, al precisar el propósito de la sustitución pensional, la sentencia T-685 de 2017^[83] señaló que:

“Esta prestación tiene la finalidad constitucional de garantizar condiciones de vida digna a los familiares del causante que en vida dependían económicamente de él; así pues, la sustitución pensional está inspirada en los principios de estabilidad económica y social para los allegados del causante, reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados; y, universalidad del servicio público de seguridad social.”

En ese sentido, y teniendo en cuenta las particulares del caso que hoy se analiza, es claro que el supuesto de derecho que puede estar en cabeza de la accionante es el de la sustitución pensional, por lo que en adelante, cuando se haga alusión a la pensión de sobreviviente, deberá entenderse que se refiere a la sustitución^[84].

En tratándose del cónyuge, compañera o compañero permanente, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho; así lo ha dejado claro la Corte Constitucional al considerar al respecto que³:

[...] La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁴. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.” Irft/

³ sentencia T1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Así mismo, el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de octubre de 2008, expediente No. 0757-04, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, advirtió lo siguiente:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”. /rft/

En esta línea, el Supremo Tribunal Constitucional en sentencia T-813 de 2013 reitera respecto del mencionado principio que:

“3. Principio material para la definición del beneficiario:

‘(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido’.

Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.” /Destaca la Sala/

Entonces, corresponde al Juez Colegiado, determinar si en el asunto de marras se acreditan los requisitos y condiciones establecidos por la ley para la sustitución pensional deprecada, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso bajo estudio.

3. Caso concreto.

De las pruebas allegadas al proceso se desprende lo siguiente:

- El señor William Leal Giraldo obtuvo la pensión de vejez mediante Resolución Nro. 009446 del 4 de octubre de 1994, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. /Archivo 001/

- El señor William Leal Giraldo y la señora Mirian Cujiño Gallego contrajeron matrimonio el 9 de mayo de 2014 de conformidad con el Registro Civil expedido por la Notaría Tercera del Círculo de Manizales. /Archivo 001/
- El señor William Leal Giraldo falleció el 14 de marzo de 2015 según da cuenta el Registro Civil de Defunción aportado al Expediente. /Archivo 001/
- Mediante Resolución No. 040625 del 9 de octubre de 2018, la UGPP le negó a la aquí demandante el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes (sustitución pensional), argumentando para el efecto que:

“Que es preciso señalar que obra Informe Técnico de Investigación Sobrevivientes, de fecha 28 de septiembre de 2018, el cual concluye: (...) De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y labor de campo, se logró confirmar que el señor William Leal Giraldo y la señora Mirian Cujiño Gallego, convivieron inicialmente en unión libre desde el año 1975, se casan el 9 de Mayo de 2014, permaneciendo juntos hasta el 14 de marzo de 2015, fecha en la que muere el causante. Es importante mencionar, que el causante sostuvo una relación simultánea con la señora Amparo Rivera. (...).

Por tanto y teniendo en cuenta que lo único sobre lo que existe claridad es que hay lugar a declarar una controversia entre la señora MIRIAN CUJIÑO GALLEGO y la señora AMPARO RIVERA, ya identificadas, quienes actúan en calidad de cónyuge y compañera del causante el señor WILLIAM LEAL GIRALDO, ya identificado.”

/Archivo 001/

La anterior decisión fue confirmada a través de la Resolución No. 045188 del 26 de noviembre de 2018, igualmente expedida por a UGPP.

- En relación con la convivencia y la duración de la misma, fueron aportados al proceso las declaraciones notariales extrajudiciales rendidas por Manuel Alejandro Díaz Leal y Gloria Stella Leal Rivera – nieto e hija del causante, respectivamente -, quienes manifestaron lo siguiente:

“Por el conocimiento que tenemos del señor WILLIAM LEAL GIRALDO, sabemos y nos consta que tenía su estado civil de casado, en razón a su matrimonio con la señora AMPARO RIVERA, quien en vida se identificaba con la cédula de ciudadanía número 24.846.150, y quien fue su primera esposa, pero falleció el día 13 de febrero del año 2013, a partir de la fecha del fallecimiento de su esposa, el señor WILLIAM LEAL GIRALDO, hizo oficial su relación y contrajo matrimonio por lo civil el día 9 de mayo del año 2014 con la señora MIRIAN CUJINO GALLEGO, identificada con la cédula de ciudadanía número 24.293.483, relación que tenían en la clandestinidad desde hace más de 15 años, y de ello existe material fotográfico y fílmico que podemos presentar como prueba si es requerido, así mismo familiares y amigos que pueden dar su testimonio. CUARTO: Que el señor WILLIAM LEAL GIRALDO, con su segunda esposa la señora MIRIAN CUJINO GALLEGO convivió desde el día de su matrimonio en mayo del año 2014 y de forma ininterrumpida hasta la fecha de su fallecimiento el día 14 de marzo de 2015, durante su matrimonio no procrearon Hijos legítimo (sic), de igual forma declaramos que el señor WILLIAM LEAL GIRALDO, de su

primer matrimonio procreó tres hijos que responden a los nombres de GLORIA STELLA LEAL RIVERA, FRANCIA ELENA LEAL RIVERA Y LUZ AMPARO LEAL RIVERA. QUINTO: Por el conocimiento que tenemos del señor WILLIAM LEAL GIRALDO, sabemos y nos consta que no dejó hijos extramatrimoniales, ni adoptivos, ni pendiente por reconocer, ni en proceso de adopción. También es cierto que la señora MIRIAN CUJIÑO GALLEGO, dependía económicamente de su esposo fallecido, toda vez que ella no recibe rentas, pensiones, sueldos, ni tiene vinculaciones laborales que le generen ingresos, así mismo que no existen personas con igual o mejor derecho para reclamar que su esposa, ya que es la única beneficiaria y peticionaria.”

- También obra en el expediente la declaración de la demandante, señora Mirian Cujiño Gallego, quien afirma que el señor William Leal Giraldo fue su pareja sentimental durante largo tiempo, aunque por su avanzada edad, no recuerda todos los detalles de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló dicha la relación.

El testigo Manuel Alejandro Diaz Leal manifiesta que conoció a la demandante desde pequeño y la conoció porque mantenía en compañía del causante señor William Leal, el cual era su abuelo, y que era cotidiano ir a merchar con ella, salir en el carro con ella y llevarle almuerzo los sábados. Manifiesta el testigo que el causante y la demandante vivían juntos; que ellos compartieron hogar después de la muerte de su abuela señora Amparo Rivera, primera esposa del causante, la cual murió hace aproximadamente 9 años. Manifiesta que la relación del causante y la demandante fue de siempre, desde que el testigo era pequeño y que si no se encontraba al causante en la casa de su abuela, se podía encontrar al mismo en la casa de la hoy demandante. Agrega que cuando la señora Amparo Rivera falleció, la convivencia entre el causante y la hoy demandante se formalizó y esta última se trasladó a vivir a la casa que aquel compartía con su fallecida esposa. Al final manifiesta el testigo que el causante y su primera esposa, la señora Amparo Rivera, convivieron siempre hasta que ésta falleció.

La testigo Gloria Stella Leal Rivera manifiesta que conoció a la señora Mirian Cujiño por amistad, ya que la familia de esta última era cercana al señor William Leal, el cual era su padre. Agrega que la relación del causante y la señora Mirian Cujiño inició desde hace mucho tiempo pero que el señor William Leal vivía con la señora Amparo Rivera en Manizales, en la calle 25 No. 22-51 Barrio Centro; que la señora Mirian Cujiño vivía en su casa, pero el señor William Leal siempre iba a visitarla; que cuando la señora Amparo Rivera falleció, el señor William Leal se casó con la señora Mirian Cujiño. Manifiesta la testigo que la relación del señor William Leal y la señora Mirian Cujiño la recuerda desde que tenía 7 años y ahora va a cumplir 60 años de edad; y que dicha relación generó conflictos entre su abuela Amparo Rivera y su abuelo William Leal. Finaliza la testigo señalando que cuando el señor William Leal falleció

vivía en la calle 25 No. 22-51 y que vivía con la señora Mirian Cujiño en la misma casa que cuando se casaron; casa que era de alquiler y en la cual vivió el señor William Leal por 14 años previamente con su primera esposa la señora Amparo Rivera hasta que esta última falleció, momento en que la aquí demandante se trasladó a dicha vivienda.

El testigo Iván Darío Goez manifiesta conocer a la demandante ya que, hace muchos años, desde que llegó a trabajar a la ciudad de Manizales, conoció a la hermana de la señora Mirian Cujiño, quien era la jefa del testigo al ser Magistrada y él ser funcionario de la Rama Judicial y que por ello conoció a la demandante hace unos 45 años. Manifiesta que había cercanía de él con la demandante por la amistad con la familia de ésta. Indica que la señora Mirian Cujiño y el señor William Leal tenían una relación sentimental y ello le consta por la amistad que tenía con dicha pareja; afirma que el señor William tenía su casa aparte, pero visitaba varias veces a la semana a la señora Mirian. Agrega que el susodicho señor vivió en la calle 24 entre carrera 22 y 23 centro con Mirian Cujiño después de que falleció su primera esposa.

La testigo Rubiela Salazar Cardona expuso que conoció a la señora Mirian Cujiño porque le vendía joyas por medio del causante; que conoció a Mirian porque le vendía joyería desde hace 17 años; y cuando se fueron a casar la señora Mirian Cujiño y el señor William Leal, ella le vendió las argollas de matrimonio. Señala que era amiga de la familia de don William y le vendía también joyas a las hijas del causante; agrega que visitaba a las hijas del señor William en la carrera 23 con calle 25 y allí vivía éste con la señora Amparo Rivera- la primera esposa- sus hijas y los hijos de una de las hijas; además de una señora Estella que trabajaba ahí. La testigo señala que le consta que William Leal veía económicamente por la señora Mirian Cujiño quien vivió en el barrio Palermo de Manizales; dijo que le consta que el causante veía económicamente por la señora Mirian Cujiño pues ésta no tenía a nadie y el causante siempre llegaba con cosas, comida y la visitaba en las horas de la tarde, pero aclara que a ella no le consta que el señor William Leal le pagaba el arriendo a la señora Mirian Cujiño.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, fue inicialmente el trabajo de campo adelantado por la misma UGPP lo que llevó a que se emitiera el *“Informe Técnico de Investigación Sobrevivientes”*, de fecha 28 de septiembre de 2018, en donde se estableció que el señor William Leal Giraldo y la señora Mirian Cujiño Gallego convivieron inicialmente en unión libre desde el año 1975 y se casaron el 9 de mayo de 2014, permaneciendo juntos hasta el 14 de marzo de 2015, fecha en la que muere el causante.

Sobre la existencia de dicha relación y su prolongación en el tiempo, también da cuenta la declaración rendida por Manuel Alejandro Díaz Leal y Gloria Stella Leal Rivera – nieto e hija del señor William, respectivamente – quienes dejaron ver el conocimiento directo que tuvieron sobre la relación extramatrimonial que sostuvo su pariente con la aquí demandante, la cual, fue de larga data.

Reconocen que el señor Leal Giraldo sostuvo una relación de manera concomitante con la señora Amparo Rivera y con la señora Mirian Cujiño; con cada una decidió construir una vida en pareja, caracterizada por el acompañamiento emocional, económico y espiritual. Así se sostuvieron ambas relaciones a lo largo del tiempo, sin interrupción o terminación del vínculo afectivo y sexual. Incluso, luego de la muerte de la señora Amparo Rivera, la demandante contrajo matrimonio con el causante y fijaron su domicilio en la vivienda de este último, ratificando con ello el lazo emocional que siempre los unió y los mantuvo juntos hasta la muerte del referido señor. Así pues, no se trató de una relación pasajera o esporádica, por el contrario, el causante tenía un lugar establecido para encontrarse con la aquí demandante, en donde compartían lecho y mesa, asumiendo cargas domésticas como la compra de víveres. Existió entre ellos ese ingrediente de permanencia, de apoyo económico y acompañamiento constante e invariable que emerge de la convivencia entre compañeros permanentes y que se exige en estos casos para el reconocimiento de la prestación.

Es claro para la Sala que entre la demandante y el causante existió una relación de pareja que no sólo existió en los últimos 5 años anteriores a la muerte del pensionado sino que venía desde décadas atrás; que no obstante hallarse aquel casado con la señora Amparo Rivera – su primera esposa -, siempre fue su voluntad y deseo mantener también una relación sentimental con la señora Mirian Cujiño y compartir con ésta, en la medida en que las circunstancias se lo permitían, un techo, un lecho y una mesa.

Así pues, la demandante tuvo la calidad de compañera permanente del pensionado la mayor parte del tiempo y a partir del 9 de mayo de 2014 como su cónyuge, hasta el 14 de marzo de 2015, fecha en que aquel falleció. Esto demuestra que no se trató de una relación de último momento.

También es de la mayor importancia señalar que, el hecho de que la señora Amparo Rivera hubiese fallecido con anterioridad a la causación del derecho que aquí se reclama, conlleva a que el reconocimiento del mismo se deba hacer en cabeza de la demandante en un ciento por ciento, en tanto y comoquiera que no existe controversia que conduzca a establecer un porcentaje en relación al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante, como al parecer lo entendió la UGPP cuando negó el reconocimiento de la sustitución pensional en sede administrativa.

4. Prescripción.

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”
/Subrayas extra texto/.

La prescripción trienal se interrumpe desde el momento en que la nulidiscente solicitó la sustitución de la pensión de vejez, siendo esta presentada el 30 de agosto de 2018; entre tanto, la demanda fue por ella radicada el 2 de abril de 2019, lo que permite concluir que entre la fecha del fallecimiento del causante (14 de marzo de 2015) y la reclamación a la entidad, transcurrieron más de 3 años; luego entonces, se reconocerá la sustitución pensional en favor de la demandante desde el 14 de marzo de 2015 pero con efectos fiscales desde el 30 de agosto de 2015 por prescripción trienal.

5. Restablecimiento del Derecho.

Además de la nulidad de la Resolución RDP 040625 del 09 de octubre de 2018, por medio de la cual la UGPP negó el reconocimiento y pago de una sustitución pensional en favor de la demandante y de la Resolución RDP 045188 del 26 de noviembre de 2018 por medio de la cual se confirmó el anterior acto administrativo, se ordenará, a título de restablecimiento del derecho, que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP reconozca y pague a la señora Mirian Cujiño Gallego el 100% de la pensión de sobrevivientes (sustitución de la pensión) deprecada, a partir del 14 de marzo de 2015 pero con efectos fiscales desde el **30 de agosto de 2015** por prescripción trienal; sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de sobrevivientes hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que

se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes que se dejó de devengar desde el 30 de agosto de 2015, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

6. Costas.

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.

Ahora bien, revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial durante el trámite de primera instancia, desplegando acciones útiles para la defensa de los intereses de la parte actora, razón por la cual se condena en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandada y en favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

III. Falla

Primero: Se declara parcialmente fundada la excepción de prescripción propuesta por la UGPP e **infundadas** las demás excepciones.

Segundo: Se declara la nulidad de la Resolución RDP 040625 del 09 de octubre de 2018, y de la Resolución RDP 045188 del 26 de noviembre de 2018, por medio de las cuales la UGPP negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitada por la señora Mirian Cujiño Gallego.

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **Se ordena** a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social - UGPP**, reconocer y pagar a la señora Mirian Cujiño Gallego, en su condición de cónyuge supérstite del causante William Leal Giraldo, el 100% de la pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) a partir del 14 de marzo de 2015 pero con efectos fiscales desde el **30 de agosto de 2015** por prescripción trienal.

Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

La parte demandada **DARÁ** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C/CA (Ley 1437/11).

Tercero: Se condena en costas a la parte demandada y en favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

Cuarto: Se acepta la renuncia de poder presentada por la Dra. Martha Elena Hincapié Piñeres como apoderada de la UGPP. Se reconoce personería para actuar como apoderada de la UGPP, a la abogada Angela María Rodríguez Caicedo, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.857 del C. S. de la J.

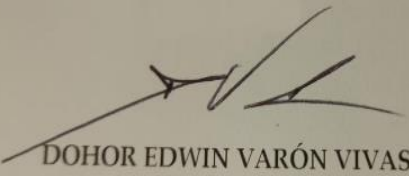
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17001-33-33-002-2019-00306-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 380

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **DORA CECILIA HERNÁNDEZ GUZMÁN** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **DORA CECILIA**

¹ Ley 1437 de 2011.

HERNÁNDEZ GUZMÁN contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**
y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Radicado:	17001-23-33-000-2019-00430-00
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Ángela María García
Accionado:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social - UGPP
Providencia:	Sentencia No. 154

I. Asunto

El Tribunal Administrativo de Caldas, Sala Segunda de Decisión Oral, integrada por el Magistrado Fernando Alberto Álvarez Beltrán, quien la preside, y por los Magistrados Dohor Edwin Varón Vivas y Augusto Morales Valencia, de conformidad con lo previsto en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procede a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Ángela María García contra la UGPP.

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

II. Antecedentes

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“Declarar la nulidad de la resolución RDP 036677 del 29 de septiembre de 2016 emitida por la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP, a través de la cual se niega la solicitud de la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de Miguel Fernando Martínez Jaramillo; y de la resolución RDP 002117 del 24 de

enero de 2017 por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación en contra de la resolución 36677 del 29 de septiembre de 2016.

Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se declare que mi representada es beneficiaria de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo, y por ello tiene derecho al 100% de la mesada pensional de sobreviviente reconocida al señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo a partir de su óbito, 20 de septiembre de 2015.

Que a título de restablecimiento del derecho se condene a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES, a que se le reconozca y pague a la señora Angela María García la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE, incluyendo el retroactivo de las mesadas desde el momento del fallecimiento del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo (20 de septiembre de 2015) incluyendo las mesadas adicionales [...]”

2. Hechos

En síntesis, los siguientes son los fundamentos fácticos de la demanda:

El día 20 de septiembre de 2015 falleció el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo, compañero permanente de la señora Ángela María García.

La señora Ángela María García siempre ha sido ama de casa y por ello dependía económicamente de su compañero Miguel Fernando Martínez Jaramillo.

Como consecuencia del hecho anterior, la señora Angela María García solicitó su derecho pensional como sobreviviente, ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, radicando la documentación requerida para el efecto.

El 29 de septiembre de 2015, ante la Notaría Cuarta del Círculo de Manizales, el señor Jaime Zuluaga Ortiz rindió declaración juramentada extrajuicio, manifestando bajo la gravedad de juramento que al momento de la muerte del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo, acaecida el día 20 de septiembre de 2015, éste tenía como compañera permanente desde hacía más de 6 años, a la señora Ángela María García, y tenía un hijastro de nombre Francisco Piedrahita García, de 11 años de edad. En la misma fecha y términos descritos rindió declaración extrajuicio la señora Gloria Estella Blandón Valencia.

A través de Resolución RDP 036677 del 29 de septiembre de 2016, la UGPP resuelve negar la solicitud de la pensión de sobrevivientes, señalando en su decisión que existía

una inconsistencia en la fecha del inicio de la convivencia entre la acá demandante y el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo.

Contra dicha decisión fue presentado recurso de reposición y en subsidio el de apelación, en donde se reiteró que la demandante convivió con el causante Miguel Fernando Martínez Jaramillo desde el 30 de junio año 2008, bajo una relación simultánea, es decir, que se encontraba casado pero también tenía una relación paralela con ella, brindándole ayuda económica, apoyo moral, viviendo bajo al mismo techo, contacto diario, relaciones sexuales, circunstancias que la señora García las manifestó en la visita efectuada por el investigador de la UGPP, pero que no se tuvieron en cuenta en el informe de la investigación y mucho menos en la resolución emitida por la entidad.

La señora Ángela María García hizo vida marital con el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo, quien, a pesar de estar casado, convivía con ambas, es decir, utilizaba su tiempo para ambas relaciones. Y en el momento en que fallece su esposa, de forma completa continúa en convivencia con la señora Angela María García.

El 24 de enero de 2017 la UGPP emite la Resolución RDP 002117, confirmando en todas y cada una de sus partes la Resolución 36677 del 29 de septiembre de 2016, agotándose de esta manera la vía administrativa.

3. Normas violadas y concepto de la violación.

Se citan como vulnerados los siguientes preceptos legales:

De la Constitución Política, artículos 42 y 48; Ley 100 de 1993, artículo 47; Ley 797 del 2003, artículo 13.

Se invoca la siguiente jurisprudencia: Sentencia C-1035 de 2008; sentencia del 08 de julio del 2010, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez, Rad N° (1412-07); Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 10 de octubre del 2013. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicación N. 25000-23-25-000-1997-03631 -01 (1199-12); Sentencia T-128/16, entre otras.

Aduce que, tanto la Corte Constitucional o como el Consejo de Estado coinciden en afirmar que les asiste legitimación a los compañeros permanentes para reclamar el reconocimiento de su derecho a gozar de la prestación. Y previendo las posibles discrepancias que se suscitaran entre cónyuge y compañera permanente del

pensionado por la legitimación a suceder la prestación, se expidió la Ley 1204 de 2008, que en su artículo 6 señala que el trámite de reconocimiento de la sustitución pensional debe quedar en suspenso hasta que el juez competente determine el o los beneficiarios y la proporción en se debe asignar la pensión.

Destaca que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional *“El requisito de lo convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere o aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.”*

4. Contestación de la demanda.

Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la parte demandante y respecto de los hechos aceptó algunos, negó otros y los restantes no le constan.

Planteó las excepciones que denominó:

“Proceder legal de la entidad demandada” pues estima que los actos administrativos enjuiciados se profirieron de conformidad con las normas que regulan el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, esto es, la Ley 797 de 2003, artículo 13, en virtud de la cual, se debe acreditar una convivencia mínima de 5 años continuos con el pensionado antes de su muerte; Convivencia que asegura, solamente se verificó en este caso a partir del año 2012 y hasta el 20 de septiembre de 2015, fecha en que falleció el causante.

“Buena fe”, “prescripción” y “genérica”.

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante.

Manifiesta que, lo que se pretende evidenciar ante el Despacho es precisamente la condición de compañera permanente de la señora Ángela María García con su compañero Miguel Fernando Martínez Jaramillo, situación que según dice, quedó demostrada con las

declaraciones rendidas en el proceso durante la audiencia de practica de pruebas. Aclara que la relación de la referida pareja inició desde el año 2008 y a partir del año 2012 se fueron a convivir bajo el mismo techo, lo cual obedeció precisamente a que el causante estaba casado, y sólo, una vez su esposa falleció, éste se fue a vivir de lleno con la aquí demandante. Concluye que a partir de la declaración de parte y de los testimonios escuchados en el proceso, se puede establecer sin lugar a equivocación, que la relación de pareja conformada por la señora Ángela y el señor Fernando, inició por los menos desde el año 2008, cuando éste le pidió que dejara de laborar en el bar, asumiendo éste la manutención y cuidado de la demandante y de sus hijos; dice que los testigos dan cuenta de esa ayuda y dependencia, pues presenciaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la relación y señalan con claridad los sitios en donde convivieron y demás por menores de la convivencia.

Advierte que en este caso se produjo una convivencia simultánea, situación de la que también dan cuenta los testimonios y la misma demandante, de ahí que todos refieran que el señor Fernando era casado y que por ello no se quedaba a pasar la noche en la casa con Ángela, razón por la cual la convivencia con ésta era en el día; él permanecía todo el día en la casa con Ángela, allí consumía sus alimentos y sólo en la noche se retiraba a su casa con su esposa y esto fue así hasta que esta falleció, momento en el que el señor Fernando pudo iniciar su convivencia total con la demandante.

Por lo anterior, manifiesta que sí se encuentran acreditados los 5 años mínimo de convivencia entre el causante y la demandante.

5.2. Parte demandada.

Indica que, verificado todo el expediente administrativo, se encontró que si bien es cierto se allegó declaración extrajuicio autenticada ante la Notaría Primera de Manizales, de 9 de marzo de 2016, rendida por Luis Reinaldo Beltrán Londoño y Lina Marcela Álvarez Blandón, quienes señalan que la señora Angela María García y el causante Martínez Jaramillo convivieron desde el 30 de junio de 2008 hasta el 20 de septiembre de 2015 - fecha de fallecimiento del causante - y declaración rendida por la interesada, también obra informe de seguridad 10004 de 2016, que señala que no hubo convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo y la señora aquí demandante. Que así mismo, entre las diligencias realizadas, el señor Guillermo Martínez Jaramillo, hermano del causante, indica que la señora Angela María García convivió con su hermano desde el año 2012 hasta el día del fallecimiento de aquel.

5.5. Ministerio Público: No realizó pronunciamiento alguno.

Consideraciones de la Sala

El problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

➤ ¿La demandante acredita los requisitos legales para acceder al derecho a una sustitución pensional en calidad de compañera permanente del causante, señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo?

1. Marco normativo de la sustitución pensional.

La sustitución pensional tiene como finalidad proteger a la familia, al cónyuge o compañero o compañera permanente que dependía económicamente del pensionado que fallece, evitando que además del dolor que conlleva dicha pérdida, se generen otros efectos colaterales en las condiciones de vida de la familia, especialmente en materia económica.

En efecto, el máximo Tribunal Constitucional¹ ha sostenido que existe un vínculo indiscutible entre la pensión de sobrevivencia y los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna, ya que esa prestación otorga a los beneficiarios la garantía de la satisfacción de sus necesidades básicas, las cuales eran suplidas por el pensionado o el afiliado.

Al respecto conviene precisar que, en relación con la normativa aplicable respecto a la sustitución de la pensión ordinaria, ha sido diáfano el Consejo de Estado en disponer que las normas que gobiernan la sustitución pensional son las vigentes al momento del deceso del causante, en este caso, al 20 de septiembre de 2015 según da cuenta el Registro Civil de Defunción visible en el Archivo 003 del expediente digital, pues es éste el momento a partir del cual nace el derecho para los beneficiarios del pensionado, tal como lo ha sostenido esa Corporación².

Así pues, en el presente caso resulta aplicable la Ley 100 de 1993, *por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*, cuyo objeto es

¹ Sentencia T-140 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

² V. Sentencia del 10 de noviembre de 2005. Exp. No.3496-04. Consejera Ponente Ana Margarita Olaya Forero.

garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten. Dentro del Sistema de Seguridad Social Integral se encuentra el Subsistema General de Pensiones, cuya finalidad es garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la referida ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.

El derecho a la sustitución pensional (subrogación en el pago por muerte del titular de la pensión), causado en vigencia de la Ley 100 de 1993 y bajo su amparo por no tratarse de un régimen exceptuado o especial, se rige por la siguiente disposición normativa:

ARTÍCULO 47. <Artículo modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003>
Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; /Negrilla de la Sala/*

b) *En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).*

[...]"

De conformidad con la norma en referencia, el requisito para acceder a la sustitución pensional consiste en que el cónyuge o la compañera o compañero supérstite acredite que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte. No se advierte otro requisito adicional que deba ser acreditado por la parte interesada para reclamar y acceder a dicha prerrogativa legal.

En efecto, el requisito de dependencia económica respecto del causante se encuentra previsto únicamente para los siguientes miembros del grupo familiar (artículo 13 de la Ley 797 de 2003):

"c) [...] los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez.

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste.”

Conviene señalar igualmente que, tal y como está redactada la norma, no se advierte la existencia de tarifa legal para probar la condición de compañera o compañero permanente ni para acreditar el periodo de convivencia mínimo requerido; luego entonces, puede acudir para ello a los medios de prueba ordinarios establecidos en el Código General del Proceso.

2. Análisis jurisprudencial.

La Corte Constitucional ha abordado el estudio del derecho a la seguridad social a partir de su consagración constitucional (artículo 48), dejando en evidencia que se trata de un derecho fundamental de carácter irrenunciable, que debe ser garantizado a todos los colombianos en pie de igualdad.

En relación con la protección derivada de la contingencia por muerte del afiliado cotizante o del pensionado, ha precisado lo siguiente²:

“[...]

3.3. Específicamente, frente a la pensión de sobrevivientes, esta Corporación ha indicado que aunque la ley la regula en términos generales, esta figura concibe dos supuestos diferentes: la sustitución pensional y la pensión de sobrevivientes propiamente dicha^[80].

Ambos conceptos han sido analizados por esta Corte al desarrollar lo consagrado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. Por ejemplo, en la sentencia T-071 de 2019^[81] se indicó:

“De la norma precitada, la jurisprudencia constitucional distingue dos modalidades para hacerse beneficiario de la prestación en cuestión; por una parte, la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular pensionado por vejez o invalidez-, por lo que ocurre *strictu sensu* una sustitución pensional. Por otra parte, el reconocimiento y pago de una nueva prestación de la que no gozaba el causante, quien era un afiliado, caso en el cual, ‘se trata, entonces, del cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior’^[82].

Así las cosas, al precisar el propósito de la sustitución pensional, la sentencia T-685 de 2017^[83] señaló que:

“Esta prestación tiene la finalidad constitucional de garantizar condiciones de vida digna a los familiares del causante que en vida dependían económicamente de él; así pues, la sustitución pensional está inspirada en los principios de estabilidad económica y social para los allegados del causante, reciprocidad y solidaridad entre el causante y sus allegados; y, universalidad del servicio público de seguridad social.”

En ese sentido, y teniendo en cuenta las particulares del caso que hoy se analiza, es claro que el supuesto de derecho que puede estar en cabeza de la accionante es el de la sustitución pensional, por lo que en adelante, cuando se haga alusión a la pensión de sobreviviente, deberá entenderse que se refiere a la sustitución^[84].

En tratándose del cónyuge, compañera o compañero permanente, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho; así lo ha dejado claro la Corte Constitucional al considerar al respecto que³:

[...] La ley acoge un criterio material - convivencia efectiva al momento de la muerte - y no simplemente formal - vínculo matrimonial - en la determinación de la persona legitimada para gozar de la prestación económica producto del trabajo del fallecido²⁴. En consecuencia, el reconocimiento del derecho a la sustitución pensional está sujeto a una comprobación material de la situación afectiva y de convivencia en que vivía el trabajador pensionado fallecido, al momento de su muerte, con respecto de su cónyuge o de su compañera permanente, para efectos de definir acerca de la titularidad de ese derecho.” /rft/

Así mismo, el Consejo de Estado en la sentencia de 2 de octubre de 2008, expediente No. 0757-04, con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, advirtió lo siguiente:

“El criterio material de convivencia efectiva, cuya expresión se ubica fundamentalmente en los requisitos exigidos al cónyuge o compañero permanente para acceder a la pensión, es entonces una herramienta legal de protección a la familia bajo el marco constitucional inicialmente esbozado y constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación, que busca además favorecer económicamente a aquellos matrimonios o uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real con vocación de continuidad o permanencia, como también el amparo del patrimonio del pensionado, en cuanto a posibles maniobras fraudulentas de personas que a partir de la constitución de convivencias de última hora, pretendan obtener el beneficio económico derivado de la transmisión pensional, razón por la cual debe existir en cada caso la comprobación fehaciente de los requisitos consagrados en la Ley para tal efecto”. /rft/

En esta línea, el Supremo Tribunal Constitucional en sentencia T-813 de 2013 reitera respecto del mencionado principio que:

“3. Principio material para la definición del beneficiario:

‘(...) la legislación colombiana acoge un criterio material -esto es la convivencia efectiva al momento de la muerte- como elemento central para determinar quién es el beneficiario de la sustitución pensional, por lo cual no resulta congruente con esa institución que quien haya procreado uno o más hijos con el pensionado pueda desplazar en el derecho a la sustitución pensional a quien efectivamente convivía con el fallecido’.

Criterios de convivencia, apoyo y socorro mutuo durante la última etapa de vida del causante son, entonces, los elementos a ser analizados en cada caso concreto, con el objeto de determinar si dentro del primer orden de asignación la (el) cónyuge o la (el) compañera (o) permanente tienen derecho a percibir el beneficio al que se ha venido haciendo referencia.” /Destaca la Sala/

³ sentencia T1103 de 23 de agosto de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Entonces, corresponde al Juez Colegiado, determinar si en el asunto de marras se acreditan los requisitos y condiciones establecidos por la ley para la sustitución pensional deprecada, teniendo en cuenta las circunstancias especiales que rodean el caso bajo estudio.

3. Caso concreto.

De las pruebas allegadas al proceso se desprende lo siguiente:

- El señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo obtuvo la pensión de vejez mediante Resolución Nro. 23577 del 10 de noviembre de 2004, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal. /Archivo 003/
- El señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo falleció el 20 de septiembre de 2015 según da cuenta el Registro Civil de Defunción visible en el Archivo 003 del expediente digital.
- Mediante Resolución RDP 036677 del 29 de septiembre de 2016, la UGPP le negó a la aquí demandante el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes (sustitución pensional), argumentando para el efecto que:

“Que obra estudio de seguridad No 10004/2016 de fecha 17 de marzo de 2016 donde se manifiesta:

(. . .) En entrevista con la solicitante ANGELA MARIA GARCIA, manifiesta que conoció al señor MIGUEL FERNANDO MARTINEZ JARAMILLO, en el año 2004, en un establecimiento comercial que frecuentaba y con quien departía unas copas en algunas ocasiones, manifiesta haber convivido con el causante desde diciembre de 2012, después de la muerte de su esposa hasta la fecha de su fallecimiento.

RESULTADO Y CONCLUSIÓN

De acuerdo a los elementos de juicio aportados al expediente y la información recolectada en la verificación de campo se concluye razonablemente que NO existió convivencia en los últimos 5 años de vida entre la señora ANGELA MARIA GARCIA y el causante MART INEZ JARAMILLO MIGUEL FERNANDO.

Es importante destacar cuando inicialmente la señora ANGELA GARCIA, declara que convivió con el causante desde el año 2008 y luego en la entrevista realizada por el investigador se retracta afirmando que fue desde el año 2012, luego del fallecimiento de la esposa del causante (...)

/Archivo 001/

La anterior decisión fue confirmada a través de la Resolución RDP 002117 del 24 de enero de 2017, igualmente expedida por a UGPP.

- En relación con la convivencia y la duración de la misma, fueron aportados al proceso las siguientes declaraciones notariales extrajudiciales: /Archivo 003/

- Demandante, señora Ángela María García:

“PRIMERO: Manifiesto por medio de la presente declaración, bajo la gravedad del juramento que es cierto que desde hace siete (07) AÑOS, del 30 de junio del año 2008 al 20 de septiembre de 2015 conviví en calidad de compañera permanente bajo el mismo techo, lecho y mesa y en unión marital de hecho con mi fallecido esposo MIGUEL FERNANDO MARTINEZ JARMILLO en el sector de La Fuente (Torres de Buenavista). SEGUNDO: Manifiesto bajo la gravedad del juramento, que dentro de dicha unión NO procreamos hijos; TERCERO: Expresa la VIUDA que dependía total y económicamente del sustento de su compañero permanente, y también mi hijo FRANCISCO PIEDRAHITA GARCIA de (13) años de edad T. I. 1002545164. Ya que era él quien velaba por todas nuestras necesidades básicas y nos suministraba el sustento, en razón a que YO NO recibo ni sueldos, ni rentas, ni pensión del Estado ni ningún otro tipo de ingreso que me permita el sustento, diferente del que MIGUEL FERNANDO nos podía brindar.”

- Luis Reinaldo Beltrán Londoño y Lina Marcela Álvarez Blandón:

“PRIMERO: Manifestamos por medio de la presente declaración bajo la gravedad del juramento que es cierto que conocemos de manera personal y directa a la Señora ANGELA MARIA GARCIA, quien se identifica con la cedula de ciudadanía número: 30329682 de Manizales, desde hace VEINTE (20) años, y QUINCE (15) años respectivamente, en razón de vecindad y amistad y durante todo este tiempo, por esta razón nos consta que ELLA convivía en CALIDAD DE COMPANERA PERMANENTE con el señor MIGUEL FERNANDO MARTINEZ JARAMILLO, identificada con cédula de ciudadanía número 10214992 de Manizales, desde el treinta (30) de junio de 2008 a la fecha de su fallecimiento septiembre 20 de 2015; (07) SIETE AÑOS, de manera permanente bajo el mismo techo, compartiendo la misma mesa y lecho, y de esta unión NO se procrearon hijos. También nos consta que era la persona que velaba total y económicamente por todo el sustento de su esposa y del hijo de ANGELA MARIA GARCIA de TRECE (13) AÑOS DE EDAD, portador de la T. I. 1002545164, ya que su esposa no labora es AMA DE CASA y por lo tanto no recibe ni sueldo, ni rentas, ni pensión del estado dependía totalmente del Señor MIGUEL FERNANDO MARTINEZ JARAMILLO.”

- También obra en el expediente el interrogatorio rendido por la demandante, señora Ángela María García en el curso de este proceso, del cual se extrae lo siguiente:

“PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho cómo y bajo qué circunstancias conoció usted al señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Yo trabajaba en un bar y él iba a compartir allá con los amigos, en ese momento yo conocí a Miguel Fernando. PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho en qué fecha inició la convivencia con el causante, señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Yo empecé a convivir con él, obviamente empezamos una relación como en el 2006 hasta el 2012 que ya nos fuimos a vivir juntos. PREGUNTA: Infórmele al Despacho en qué ciudad fijaron el domicilio usted y el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Manizales, Caldas. PREGUNTA: Diga cuánto tiempo duró su relación con el causante, Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: La relación de nosotros fue, en este momento no estoy bien segura, creo que fue nueve años. PREGUNTA: Sírvase indicarle al Despacho fechas exactas de convivencia entre usted y el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Sé que empezamos en el 2006

hasta el 2015 que él murió. PREGUNTA: Manifiéstele al Despacho si el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo padecía de alguna enfermedad. RESPONDE: Si señora, él era diabético. PREGUNTA: Sírvase indicarle al Despacho cuál fue la causa del fallecimiento del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: A él le dio un coma diabético. PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho cuál fue la fecha exacta del fallecimiento del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: veinte de septiembre de dos mil quince. PREGUNTA: Indíquele al Despacho quién sufragaba los gastos del hogar conformado entre usted y el señor Martínez Jaramillo. RESPONDE: Él era quien me sostenía el hogar totalmente, el me daba el sustento para los niños, el arriendo, la ropa. PREGUNTADO: Sírvase informarle al Despacho cómo era la relación entre usted y el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Teníamos una relación bonita, por decirlo así, de novios; obviamente compartíamos diario, nos veíamos diario, en la noche no compartía conmigo pues él tenía su hogar, tenía su esposa, por eso él no se podía quedar en mi casa, pero siempre compartíamos juntos. PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho en dónde, en qué lugar murió el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: En el Hospital Universitario de aquí de Manizales, Caldas. PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho quien sufragó los gastos funerarios del señor Martínez Jaramillo. RESPONDE: Él pagaba la funeraria. PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho si usted asistió a las honras fúnebres del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Por supuesto que sí. PREGUNTA: Indíquele al Despacho si usted era beneficiaria de los servicios de salud del señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo. RESPONDE: Sí señora. PREGUNTA: Sírvase informarle al Despacho por qué dentro del plenario administrativo reposa informe investigativo de fecha 17 de marzo de 2016, donde usted declara que convivió con el causante desde el año 2008, y luego en la entrevista realizada por el investigador se retracta, afirmando que fue desde el año 2012 luego del fallecimiento de la esposa del causante. RESPONDE: Convivíamos como le dije ahora, obviamente no dormía a diario conmigo, pero compartíamos todos los días. En el momento en que ella falleció ya se fue a vivir conmigo [...]"

Se recibió el testimonio de la señora Kelly Jhoana Saavedra García, hija de la demandante. La testigo indicó que conoció al señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo cuando ella tenía 14 años, en el año 2004, lo sabe porque pronto ella iba a cumplir los 15 años. Dice que la señora Ángela María se lo presentó como su novio, que él le hacía visitas en la casa, se veían todos los días; con el paso del tiempo se enteró que él tenía esposa, se enteró cuando llegó a la mayoría de edad y se fue de la casa, fue ahí cuando don Fernando sacó a su mamá de trabajar en el bar para que se dedicara solo a él y a los hijos. Afirma que cuando el señor Fernando sacó a la señora Ángela de trabajar se fueron a vivir al Edificio La Paz junto con los otros hijos de la aquí demandante; eso fue en el año 2012; lo recuerda porque en ese tiempo la testigo quedó embarazada. Luego aclara que la señora Ángela María dejó de trabajar en el año 2008; En esta fecha no se fueron a vivir juntos, pero la visitaba todos los días, la sostenía económicamente por completo, iba a la casa de la señora Angela María en el barrio San José, allí tenía pertenencias como cepillo de dientes y ropa. Luego, en el año 2012, cuando murió la esposa del señor Fernando, éste se fue a vivir con la aquí demandante. Indica que fue la actora quien acompañó al causante en la clínica durante la enfermedad. Dice que a la demandante, "Don Fer" le mercaba, le pagaba el arriendo, le daba para los estudios del hermanito, le daba para sus gastos personales. Asegura que nunca terminaron la relación y dice que le consta porque después de que la testigo se fue de la casa, llamaba todos los días a su madre y esta le comentaba que estaba con Don Fer e incluso a veces no le podía seguir atendiendo la llamada porque se encontraba atendiéndolo en horas de almuerzo.

Se recibió el testimonio de la señora Sandra Milena Cardona González, amiga de la demandante. La testigo manifestó que se conoce con la señora Ángela María aproximadamente desde el 2006, ella trabajaba en un bar y empezó a trabajar con ella; eso fue ahí cerca de barrio San José de la ciudad de Manizales; dice que para esa época ella vivía en San José y tenía como novio al señor Fernando, prácticamente él vivía con ella, permanecía en el bar con ella, consumía los alimentos en la casa de ella, él le entregaba dinero para los gastos de la familia; la demandante le comentó que él tenía esposa, pero no la había dejado porque ésta tenía una enfermedad terminal.

Señala que más o menos en el año 2008 él sacó a vivir *“ya del todo juiciosa”* a la señora Ángela, cuando murió la esposa. Dice que la señora Ángela trabajó en el bar hasta el año 2008. Manifiesta la testigo que la pareja vivió en el edificio La Paz en el centro de esta ciudad y en el Edificio La Fuente del barrio del mismo nombre. Indica que la señora García estuvo el tiempo acompañando al causante durante su enfermedad y también lo hizo la hija de éste.

Se recibió el testimonio Julián Andrés Valencia Valencia, quien afirma que conoce a doña Ángela desde el año 2013 porque ella vivía en el mismo conjunto donde él vivía durante once años, Conjunto Torres de Buena Vista en el sector de La Fuente de esta ciudad. Dice que así fue como conoció a la familia conformada por la aquí demandante, el señor Miguel Fernando y Francisco “pachito”, el hijo de la referida señora y quien era amigo del hijo del testigo. Expone que conoció a don Miguel Fernando como el esposo de doña Ángela, los veía como familia y así lo confirmó en conversaciones con el niño “pachito”. Siempre los vio juntos desde el año 2013 cuando los conoció.

A efectos de resolver lo pertinente sea lo primero indicar que, la tacha formulada por la UGPP frente al testimonio rendido por la señora Kelly Jhoana Saavedra García, hija de la demandante, no impide que el mismo sea valorado y contrastado con los demás elementos de convicción que obran en el plenario. El sólo hecho de que la deponente se encuentre en primer grado de consanguinidad respecto de la demandante, no impide que se tenga en cuenta su declaración, máxime cuando es precisamente el vínculo filial y la cercanía natural con su progenitora, lo que le permite tener un conocimiento directo en torno a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrolló la relación sentimental sub examine.

Encuentra entonces esta Sala que las afirmaciones realizadas por la referida testigo son consonantes y se acompasan con las otras declaraciones rendidas en el curso del proceso, pues ciertamente, todas dan cuenta de que el señor Miguel Fernando Martínez Jaramillo, mientras estuvo casado, también sostuvo una relación sentimental con la

señora Ángela María García; que todo comenzó como una amistad en el año 2004 cuando aquella lo conoció en el bar donde ella trabajaba; allí departían y compartían copas en algunas ocasiones. Desde entonces se empezó a gestar un vínculo más íntimo entre ambos que se fue prolongando en el tiempo hasta el año 2008, fecha en la cual ella dejó de trabajar en el bar para dedicarse exclusivamente al señor Martínez Jaramillo y a su menor hijo.

No pasa por alto la Sala que la testigo Kelly Jhoana Saavedra García, hija de la demandante, incurre en una imprecisión al indicar que su madre dejó de trabajar en el bar desde el año 2008, pero luego afirma que el señor Miguel Fernando “*sacó a vivir ya del todo juiciosa a la señora Ángela*” cuando murió la esposa de éste, lo cual sucedió en el año 2012.

En todo caso, de las declaraciones emerge claro que para el año 2008 ya existía una relación de pareja entre la demandante y el causante, pues éste permanecía durante el día en compañía de la referida señora, compartía con ella los alimentos, le aportaba económicamente para los gastos de la casa en el barrio San José y era en ese entorno donde se desarrollaba ese vínculo sentimental, que según todo indica, tomó la forma de una relación permanente; no se trató de una compañía pasajera o de un servicio sexual sin trascendencia en el tiempo; el hecho de que el señor Martínez Jaramillo no pernoctara en la casa de la demandante, se explica porque también era su intención mantener el hogar con su esposa; así sostuvo ambas relaciones desde aquella data hasta el año 2012 cuando falleció su cónyuge. Fue ahí cuando la convivencia entre los compañeros susodichos se pudo dar de manera plena hasta el 20 de septiembre de 2015 cuando el señor Miguel Fernando fallece.

Ha de valorarse y tenerse en cuenta el tiempo de convivencia anterior al año 2012 porque allí también existió entre ellos ese ingrediente de permanencia, de apoyo económico y acompañamiento constante e invariable que emerge de la convivencia entre compañeros permanentes y que se exige en estos casos para el reconocimiento de la prestación. Por lo tanto, a pesar de hallarse aquel casado hasta el año 2012, siempre fue su voluntad y deseo mantener también una relación sentimental con la señora Ángela María García y compartir con ésta, en la medida en que las circunstancias se lo permitían, un techo, un lecho y una mesa.

Se encuentra igualmente establecido que en el año 2012 se fueron a vivir al edificio La Paz en el centro de esta ciudad y a partir del año 2013 al Edificio La Fuente del barrio del mismo nombre, hasta que el señor Miguel Fernando falleció en el año 2015.

Observa la Sala que entre la demandante y el causante existió una relación de pareja que se mantuvo durante los últimos 5 años anteriores a la muerte del pensionado, de manera estable, permanente, sin interrupción o solución de continuidad.

También es de la mayor importancia señalar que, el hecho de que la cónyuge del señor Miguel Fernando hubiese fallecido con anterioridad a la causación del derecho que aquí se reclama, conlleva a que el reconocimiento del mismo se deba hacer en cabeza de la demandante en un ciento por ciento, en tanto y comoquiera que no existe controversia que conduzca a establecer un porcentaje en relación al tiempo de convivencia de cada una de ellas con el causante.

4. Prescripción.

Sobre el particular, el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 preceptúa:

“1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y este decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial, formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”
/Subrayas extra texto/.

En el sub examine se tiene establecido que el derecho se causó el 20 de septiembre de 2015 cuando el señor Martínez Jaramillo falleció. Dentro del término de tres años siguientes al deceso, la demandante radicó la solicitud de reconocimiento de la sustitución pensional ante la UGPP, esto es, el 17 de marzo de 2016; dado lo anterior, el término de prescripción se interrumpió por un lapso igual, lo cual significa que la demanda debía presentarse por tardar el 17 de marzo de 2019; sin embargo, ello solo tuvo lugar el 4 de septiembre de 2019, razón por la cual se toma esta última para la interrupción del término de prescripción trienal. Así las cosas, aunque se reconocerá la sustitución de la pensión a partir del 20 de septiembre de 2015, solo se pagarán las mesadas pensionales causadas a partir del **4 de septiembre de 2016**, por prescripción trienal.

5. Restablecimiento del Derecho.

Además de la nulidad de la Resolución RDP 036677 del 29 de septiembre de 2016 emitida por la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social-UGPP, a través de la cual se niega la solicitud de la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de Miguel Fernando Martínez Jaramillo; y de la Resolución RDP 002117 del 24 de enero de 2017, por medio de la cual se confirma

el anterior acto administrativo, se ordenará, a título de restablecimiento del derecho, que la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP reconozca y pague a la señora Ángela María García el 100% de la pensión de sobrevivientes (sustitución de la pensión) deprecada, a partir del 20 de septiembre de 2015, pero con efectos fiscales a partir del **4 de septiembre de 2016**, por prescripción trienal; sumas que se actualizarán con los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, mes a mes, con la utilización de la siguiente fórmula de las matemáticas financieras:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (R.H), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de sobrevivientes hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente por cada suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes que se dejó de devengar desde el 4 de septiembre de 2016, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de causación de cada una de ellas.

6. Costas.

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.

Ahora bien, revisado el expediente, se advierte que la parte demandante intervino a través de apoderado judicial durante el trámite de primera instancia, desplegando acciones útiles para la defensa de los intereses de la parte actora, razón por la cual se condena en costas (gastos y agencias en derecho) a la parte demandada y en favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el

⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

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

III. Falla

Primero: Se declara parcialmente fundada la excepción de prescripción propuesta por la UGPP e **infundadas** las demás excepciones.

Segundo: Se declara la nulidad de la Resolución RDP 036677 del 29 de septiembre de 2016 y de la Resolución RDP 002117 del 24 de enero de 2017, por medio de las cuales la UGPP negó el reconocimiento y pago de la sustitución pensional solicitada por la señora Ángela María García.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, **se ordena** a la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la protección Social - UGPP**, reconocer y pagar a la señora Ángela María García, en su condición de compañera permanente supérstite del causante Miguel Fernando Martínez Jaramillo, el 100% de la pensión de sobrevivientes (sustitución pensional) a partir del 20 de septiembre de 2015, pero con efectos fiscales a partir del **4 de septiembre de 2016**, por prescripción trienal.

Las sumas que se reconozcan deberán ser actualizadas conforme a la fórmula señalada en la parte motiva.

La parte demandada **DARÁ** cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C/CA (Ley 1437/11).

Tercero: Se condena en costas a la parte demandada y en favor de la parte demandante, las cuales se liquidarán en los términos y oportunidad señalados en el inciso primero y numeral 4 del artículo 366 del CGP.

Cuarto: Se acepta la renuncia de poder presentada por la Dra. Martha Elena Hincapié Piñeres como apoderada de la UGPP. Se reconoce personería para actuar como apoderada de la UGPP, a la abogada Angela María Rodríguez Caicedo, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.857 del C. S. de la J.

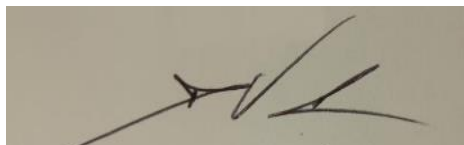
Quinto: Ejecutoriada esta providencia, **liquídense** los gastos del proceso, **devuélvanse** los remanentes si los hubiere, y **archívese** el proceso, previas las anotaciones del caso en el Programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

Augusto Morales Valencia
Magistrado
Salva el voto

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-33-003-2020-00142-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	María Estella Agudelo
Demandado:	Nación – Fiscalía General de la Nación
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el **Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **María Estella Agudelo** contra la **Nación- Fiscalía General de la Nación**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidora de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidora de la Fiscalía General de la Nación.

1. El impedimento

El Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionario

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

¹ Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, el Juez Tercero Administrativo declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0382 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por el Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por el Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO del Juez Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **María Estella Agudelo** contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjueces comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

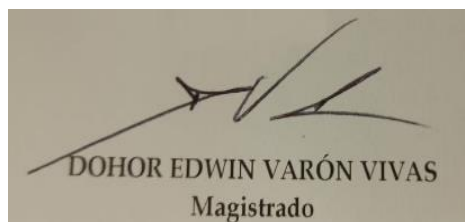
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión 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 de Decisión
Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación	17-001-33-39-007-2020-00216-02
Demandante	Daniel Henao Castaño
Demandado	Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio
Vinculado	Departamento de Caldas
Providencia	Sentencia No. 152

La Sala Segunda Oral de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada FNPSM contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de junio de 2021, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

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

“1. Declarar la nulidad del acto ficto configurado el día 5 DE FEBRERO DE 2020 frente a la petición presentada el 05 DE NOVIEMBRE DE 2019, en cuanto negó el derecho a pagar la SANCIÓN POR MORA a mi mandante establecida en la Ley 244 de 1995 y la ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

2. Declarar que mi representado tiene derecho a que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO le reconozca y pague la SANCION POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y la Ley 1071 de 2006, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

CONDENAS:

1. Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL - FONDO

NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 244 de 1995 y Ley 1071 de 2006 a mi mandante, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde los SETENTA (70) días hábiles después de haber radicado la solicitud de la cesantía ante la entidad y hasta cuando se hizo efectivo el pago de la misma.

[...]"

2. Hechos.

La parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías el 25 de junio de 2019.

Por medio de la Resolución No. 4240-6 del 15 de julio de 2019 le fue reconocida la cesantía solicitada.

El pago de la referida prestación, según se dice en la demanda, se produjo el día 5 de febrero de 2020 a través de entidad bancaria.

Finalmente, afirma que la solicitud de pago de sanción mora fue respondida mediante acto ficto administrativo negativo.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación

Considera vulneradas las siguientes:

Constitución Política

Artículos 5 y 15 de la Ley 91 de 1989.

Artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995.

Artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006.

Consideró que las entidades obligadas a responder por dicha prestación a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, han estado menoscabando las disposiciones que regulan la materia, al incurrir en una mora injustificada en el pago de las prestaciones sociales.

Sostuvo que la Ley 1071 del 2006 fue desconocida por parte de las entidades demandadas tanto en el trámite de reconocimiento y pago de las cesantías, como en la negativa y pago de los intereses moratorios, que a su vez, se desconoció el artículo 4 que habla de un término de quince (15) días para el reconocimiento de las cesantías y los cuarenta y cinco (45) días hábiles para cancelar dicha prestación social; recalando que se desconocieron tales términos a pesar de su perentoriedad.

4. Contestación de la Demanda

La Nación- Ministerio de Educación Nacional- Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Considera que las pretensiones carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen. En lo que concierne al reconocimiento y pago de las cesantías, estima que es la Ley 244 de 1995, adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, a través de la cual se establecen los términos para el pago oportuno de cesantías de los servidores públicos. Advierte que no es posible para el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio utilizar sus propios recursos para pagar condena alguna derivada del pago tardío de las cesantías, puesto que la norma prohíbe claramente la utilización de éstos para el pago de indemnizaciones económicas. En todo caso, en caso de que se llegare a acceder a las pretensiones, solicita que la condena se imponga a la entidad territorial en razón a la expedición extemporánea del acto de reconocimiento de las cesantías.

5. Fallo de primera instancia.

El Juzgado Séptimo Administrativo, mediante sentencia del 10 de junio de 2021, resolvió la litis en los siguientes términos:

TERCERO: DECLARAR DE OFICIO la excepción de PAGO PARCIAL en el proceso con radicado 2020-00216, donde es demandante el señor DANIEL HENAO CASTAÑO, conforme lo anotado en antelación.

SE DECLARA PROBADA para este caso las excepciones “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, formulada por el Departamento.

CUARTO: DECLARAR la nulidad de los siguientes actos administrativos por medio de los cuales les fue negado el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías a los referidos demandantes:

...

2020-00216	Daniel Henao Castaño	Acto ficto o presunto originado en el silencio administrativo negativo derivado de la petición presentada el 05/11/2019

...

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se ORDENA a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL –FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a que reconozca y pague a los señores [...] DANIEL HENAO CASTAÑO [...], de manera individual, la sanción por mora contenida en el artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, equivalente a un día de salario por cada día de mora, tal y como se describe a continuación:

...

2020-00216	Daniel Henao Castaño	Del 5 de octubre de 2019 al 4 de febrero de 2020

...

Para el caso 2020-00216 al pago de la suma reconocida deberá deducirse la suma de por valor de \$11.863.242, ya cancelada el 15 de mayo de 2021, como consecuencia de la expedición de la resolución No. VADMSXM240 de fecha 15 de Julio de 2019; por haber haberse declarado probada la excepción de pago parcial de la obligación.

La sanción en todos los casos será liquidada con la asignación básica vigente a la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público, en caso de mora en el pago de cesantías definitivas, o con la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, en caso de mora en el pago de cesantías parciales, sin que varíe por la prolongación de la mora en el tiempo, así:

...

2020-00216	Daniel Henao Castaño	Se liquidará con la asignación básica percibida en el año 2019

...

OCTAVO: SE CONDENA EN COSTAS a la parte demandada, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el Código General del Proceso, en los procesos con radicados 2020-00163, 2020-00216, 2020-00271.

[...]

Adujo el a quo que en el sub iudice se encuentra acreditado que la solicitud de pago de las cesantías parciales realizada por el señor Daniel Henao Castaño, fue radicada el 25 de junio de 2019 y la Resolución No. 4240-6, por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de dicha cesantía parcial, fue expedida el 15 de julio del 2019, es decir, que se expidió dentro del término de 15 días concedidos por la Ley 1071 de 2006 para el efecto, por tanto, no existió mora por parte de la secretaría de Educación del departamento de Caldas.

Adujo el a quo que, a la parte demandante le asiste el derecho a obtener el pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006, por la tardanza en la que incurrió la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en proceder al reconocimiento y pago de las cesantías a las que tenían derecho y en tal virtud, queda evidentemente desvirtuada, la presunción de legalidad de la actuación administrativa discutida en el presente caso; siendo por tanto necesario declarar su nulidad.

No obstante, advierte que la Nación –Ministerio de Educación –FNPSM allegó constancia de pago parcial de la sanción por mora correspondiente a los días causados desde el 5 de octubre de 2019 al 31 de diciembre de 2019, erogación que se puso a disposición a partir del 15 de mayo de 2021, cuando ya había iniciado el presente medio de control, por valor de \$11,863,242, en ese orden de ideas, se declarará de oficio la excepción de pago parcial, y en consecuencia al pago la sanción por mora deberá deducirse la suma ya cancelada.

En cuanto a las costas indicó que las mismas se generaron puesto que se evidenció la intervención del apoderado judicial de la parte demandante en cada una de las etapas del proceso.

6.2. Parte demandada.

La Nación – Ministerio de Educación – FNPSM se muestra en desacuerdo con el fallo de primera instancia en tanto *“mediante acto administrativo de reconocimiento y pago Resolución No. 4240-6, del 15 de julio de 2019, expedida por la Secretaria de Educación del Municipio, frente a la solicitud de las cesantías realizada el 25 de junio de 2019, se evidencia, que el ente Territorial profirió la resolución de reconocimiento de la cesantía en término y también es claro que tardó hasta el 12 de marzo de 2020, para remitirla a la fiduprevisora, pongo de presente las anteriores fechas con el fin de que el Tribunal establezca la responsabilidad entre el ente territorial y fiduprevisora.”*

Igualmente, solicita *“sean analizados a luz de la ley 1955 de 2019 artículo 57 Parágrafo Transitorio; Donde se debe concluir que el FOMAG tiene la responsabilidad del pago de la sanción mora únicamente de los días causados hasta el 31 de diciembre de 2019; para el caso en concreto de acuerdo a las piezas procesales aportadas al despacho la mora que se procedió a pagar el 15 de mayo de 2021”*.

6. Alegatos de Conclusión en segunda instancia.

Las partes no alegaron de conclusión y el Ministerio Público no emitió concepto.

II. Consideraciones de la Sala

1. Cuestión previa.

Resulta importante indicar que, en asuntos similares al aquí estudiado, existen pronunciamientos por parte de este Tribunal Administrativo – Sala Oral, en sentencias de primera instancia proferidas en audiencia simultánea llevada a cabo el día 07 de marzo de 2013¹, relacionadas con el pago tardío de las cesantías parciales, y se llegó a las siguientes conclusiones, las cuales se tendrán como precedente para el análisis del caso sub-examine:

i) Es aplicable por identidad o analogía la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 27 de marzo 2007, con ponencia de Jesús María Lemus², y por tanto, la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe y puede conocer de la presente controversia, a la luz del

¹ Sala Oral del Tribunal Administrativo de Caldas. Ponente: William Hernández Gómez. Radicados 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00 demandado Nación-Ministerio de Educación – FNPSM – Ver también la sentencia del veintiséis (26) de agosto de 2015 M.P. William Hernández Gómez Rad: 2015-189.

² Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz.

artículo 104 del CPACA, y en sede de juicio ordinario declarativo, medio de control nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA.

ii) La Ley 1071 de 2006 es aplicable en su integridad al régimen especial de los docentes, y por tanto, se debe acatar el mandato legal allí contenido, relacionado con el reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

iii) Acorde con lo indicado en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, “(...) el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas (...)”. Claro está, previo descuento de un total de 65 días³ hábiles, transcurridos los cuales, se causará la sanción moratoria.

2. Problemas Jurídicos.

Teniendo claridad en lo expuesto anteriormente, compete a la Sala determinar conforme a los recursos de apelación interpuestos, los siguientes interrogantes:

- 2.1.** ¿A partir de qué fecha se causa la sanción moratoria en el sub iudice?
- 2.2.** ¿Debe la entidad territorial asumir el pago de la sanción moratoria por la expedición extemporánea del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías o por la radicación tardía del mismo ante el FNPSM para el respectivo pago?

3. Primer problema jurídico.

El Tribunal invoca como precedente altamente persuasivo, la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, denominada de interés jurídico, del 27 de marzo 2007, con ponencia del doctor Jesús María Lemos⁴, en la que se argumentó que si el reconocimiento y pago de las cesantías es tardío, entonces se debe contabilizar el término para efectos de la sanción moratoria, desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo de las cesantías.

³ O de 70 días si la solicitud fue presentada en vigencia del C.P.A.C.A., pues en estos casos el término de ejecutoria de la Resolución de reconocimiento es de 10 días.

⁴ Sala Plena del Consejo de Estado. Ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Sentencia del 27 de marzo de 2007. Radicación número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Demandante: José Bolívar Caicedo Ruíz. Demandado: Municipio de Cali.

Las principales razones expuestas por el Consejo de Estado, y que comparte plenamente el Tribunal Administrativo de Caldas, son las siguientes:

Se recalca que la regla jurídica de acción, con enunciados deónticos regulativos, contenidos en la Ley 1071, tiene como teleología establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas o parciales. Por ello la administración debe expedir la resolución en forma oportuna. La falta de respuesta o las respuestas evasivas acarrearán perjuicio al peticionario.

Dice la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] *Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase L. 1071), el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria. [...]*” (Subrayado fuera de texto)

Más adelante precisa la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado: “[...] *Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudir a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante. [...]*”

Ahora bien, el reconocimiento de las cesantías comprende varias sub etapas a saber: expedición del acto administrativo de reconocimiento, para lo cual la administración dispone de un término de 15 días; notificación de dicho acto administrativo, dentro del término que corresponda según se trate de notificación personal, por aviso o por medios electrónicos; ejecutoria del acto administrativo que será de 5 días si la petición de cesantías se hizo en vigencia del C.C.A., o de 10 días si lo propio se hizo en vigencia del CPACA; si se interponen recursos en vía gubernativa, la administración cuenta con un término de 15 días para resolverlos; finalmente, ejecutoriado el acto administrativo de reconocimiento, comienza a correr el término de 45 días para el pago efectivo de la cesantía, sea esta parcial o definitiva.

Mediante sentencia de unificación, el Consejo de Estado se ha encargado de precisar el modo en que han de computarse los términos en cada subetapa, a efectos de establecer el momento a partir del cual se genera la mora por parte de la Administración.

Resulta importante entonces indicar que, conforme a la sentencia de unificación CE-SUJ-SII-012-2018⁵, relacionada con el pago tardío de cesantías parciales o definitivas, se tendrán en cuenta los siguientes parámetros para el análisis del caso:

193. En tal virtud, la Sala dicta las siguientes reglas jurisprudenciales:

*3.5.1 **Unificar jurisprudencia** en la sección segunda del Consejo de Estado, para señalar que el **docente oficial**, al tratarse de un servidor público le es aplicable la Ley 244 de 1995 y sus normas complementarias en cuanto a sanción moratoria por el pago tardío de sus cesantías.*

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

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

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

*3.5.3 **Sentar jurisprudencia** señalando que, tratándose de cesantías definitivas, el salario base para calcular la sanción moratoria será la asignación básica vigente en la fecha en que se produjo el retiro del servicio del servidor público; a diferencia de las cesantías parciales, donde se deberá tener en cuenta para el mismo efecto la asignación básica vigente al momento de la causación de la mora, sin que varíe por la prolongación en el tiempo.*

*3.5.4 **Sentar jurisprudencia**, reiterando que es improcedente la indexación de la sanción moratoria. Lo anterior, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 187 del CPACA.*

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

En la referida sentencia, la Alta Corporación condensó su análisis sobre el tema en el siguiente cuadro:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
PETICIÓN SIN RESPUESTA	No aplica	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EXTEMPORANEO (después de 15 días)	Aplica pero no se tiene en cuenta para el computo del término de pago	10 días, después de cumplidos 15 para expedir el acto	45 días posteriores a la ejecutoria	70 días posteriores a la petición
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Aviso	10 días, posteriores al siguiente de entrega del aviso	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la entrega del aviso
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Sin notificar o notificado fuera de término	10 días, posteriores al intento de notificación personal ¹⁴	45 días posteriores a la ejecutoria	67 días posteriores a la expedición del acto
ACTO ESCRITO	Renunció	Renunció	45 días después de la renuncia	45 días desde la renuncia
ACTO ESCRITO	Interpuso recurso	Adquirida, después de notificado el acto que lo resuelve	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	46 días desde la notificación del acto que resuelve recurso
ACTO ESCRITO, RECURSO SIN RESOLVER	Interpuso recurso	Adquirida, después de 15 días de interpuesto el recurso	45 días, a partir del siguiente a la ejecutoria	61 días desde la interposición del recurso

En el caso concreto se tiene acreditado:

- i) La solicitud de pago de las cesantías se presentó el día 25 de junio de 2019, aspecto sobre el cual no existe controversia. La Secretaría de Educación del departamento de Caldas reconoció la cesantía parcial mediante Resolución No. 4240 el 15 de julio de 2019, esto es, dentro del término de 15 días conferido legalmente para esos efectos;
- ii) Dado lo anterior y atendiendo la sentencia de unificación ya referida, en este caso se contabilizan los términos así:

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Personal	10 días, posteriores a la notificación	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

Dado que la solicitud de las cesantías se hizo el 25 de junio de 2019, el plazo de 70 días en total, se cumplió el 4 de octubre de 2019. Luego, la mora comenzó a partir del **5 de octubre de 2019**.

En relación con el extremo final de la sanción por mora ha de considerarse lo siguiente:

- Obra en el expediente una constancia o certificado de pago expedido por el Banco BBVA, que permite establecer que los dineros quedaron a disposición de la parte demandante el 5 de febrero de 2020. /Folio 21, Archivo 02/

- Lo anterior permite concluir que, si para el 5 de febrero de 2020 los recursos ya habían sido desembolsados por la Fiduprevisora S.A. para el pago de las cesantías parciales deprecada por la parte demandante, fue porque para esa data ya tenía conocimiento del contenido y alcance de la Resolución No. 4240 del 15 de julio de 2019, por medio de la cual se reconoció la referida prestación; luego entonces, no resulta lógico a ojos de esta Sala la afirmación que hace el FNPSM, según la cual, la Secretaría de Educación del departamento de Caldas tardó hasta el 12 de marzo de 2020 para remitir dicha resolución a la Fiduprevisora; ello, pues de ser eso cierto no hubiese autorizado el pago y desembolso de recursos en el mes de febrero de 2020 sin estar enterada del acto que justamente resulta ser el sustento jurídico para finiquitar la actuación administrativa.

4. Segundo problema jurídico: entidad obligada al pago de la sanción moratoria.

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

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.⁶

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 del 25 de mayo de 2019⁷ y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

⁷ Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Artículo 57º. 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.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

[...]

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías. /rft/

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Y de manera reciente, el Decreto 942 del 1 de junio de 2022, estableció:

Artículo 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. *La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.*

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

Parágrafo. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad. /rft/

Artículo 2.4.4.2.3.2.22. Término de la Entidad Territorial Certificada en Educación para resolver las solicitudes de reconocimiento y pago de cesantías y su gestión. La solicitud del reconocimiento y pago de las cesantías parciales o definitivas deberá contener los documentos requeridos por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la sociedad fiduciaria que lo administra, de acuerdo con el formulario que adopte para el efecto a través de la herramienta tecnológica.

La Entidad Territorial Certificada en Educación deberá resolver la solicitud de reconocimiento mediante acto administrativo, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la radicación completa de la solicitud de reconocimiento por parte del peticionario, a través de la herramienta tecnológica.

[...]

Artículo 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas. /rft/

Artículo 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la ejecutoria del acto administrativo que reconoce las cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio deberá efectuar el pago correspondiente. En todo caso, todo el procedimiento de reconocimiento y pago de las cesantías parciales y definitivas no podrá exceder los tiempos establecidos en la Ley 1071 de 2006.

El Decreto 942 del 1 de junio de 2022 dispuso con toda claridad que, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente, la radicación y envío del acto ejecutoriado de reconocimiento de las cesantías para que la Fiduprevisora prosiga con el trámite para el pago dentro del término previsto para esto último. Huelga decir, no obstante, que esta norma no estaba vigente para la fecha en que se causó la sanción moratoria en el sub examine (5 de octubre de 2019 al 4 de febrero de 2020), motivo por el cual, se debe acudir a lo consagrado en la Ley 1955 de 2019, norma según la cual, *“La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*

Ahora bien, la Nación Ministerio de Educación – FNPSM no indica cuál fue el plazo que de conformidad con la Ley 1955 de 2019 se incumplió o inobservó por parte de la Secretaría de Educación Departamental para radicar y enviar el acto ejecutoriado de reconocimiento de las cesantías; solamente dice que dicho acto fue enviado el 12 de marzo de 2020 a la Fiduprevisora, afirmación que en todo caso es discordante con los demás hechos probados en el proceso, especialmente con la data en que se efectuó el desembolso de los recursos a la parte demandante (5 de febrero de 2020); esta fecha de pago permite inferir que para esos momentos, la Fiduciaria ya tenía conocimiento del acto de reconocimiento pues de otra manera no hubiese accedido o autorizado la entrega de los recursos.

Así las cosas, se tiene que la entidad territorial expidió oportunamente el acto de reconocimiento de la prestación y ningún elemento de juicio fue aportado por la demandada para concluir que aquella no hizo la remisión oportuna del mismo para efectos del pago, todo lo cual conlleva a descartar su responsabilidad en este asunto. Entre tanto, se ha podido establecer que el responsable directo de la referida sanción es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio puesto que incurrió en mora durante el lapso establecido en el fallo de primera instancia y corroborado en ésta; ello, sin perjuicio del pago parcial de la sanción moratoria que se efectuó en el curso del proceso por parte del FNPSM, como bien lo indicó el a quo en la sentencia objeto de apelación.

Finalmente, en respuesta a uno de los planteamientos de la apelación, es menester indicar que es este caso la responsabilidad del FNPSM no se extiende solamente hasta el 31 de diciembre de 2019⁸, pues de ahí en adelante también debe asumir dicha carga comoquiera que no se demostró la responsabilidad del ente territorial.⁹

En consecuencia, será confirmada la sentencia de primera instancia.

⁸ La Ley 1071 de 2006 asigna la responsabilidad al FNPSM sin importar que el ente territorial hubiese expedido la resolución por fuera de tiempo; así se aplica hasta diciembre de 2019.

⁹ La ley 1955 de 2019 permite imputar la responsabilidad tanto al FNPSM como al ente territorial, dependiendo quien hubiese incumplido los términos para adelantar la gestión a su cargo.

5. Costas en segunda instancia.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹⁰ 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.

Siendo así, comoquiera que no se observa actuación de la parte demandante en esta instancia, no se proferirá condena en costas.

6. Consideración final.

En razón a que procesos similares al presente ya han sido decididos mediante sentencia por esta Corporación, la Sala ha procedido a dictar fallo dentro de este, por autorizarlo así el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, lo que hace también en aplicación de los principios de economía y celeridad.

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,

Falla

Primero: Se confirma la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 10 de junio de 2021 dentro del proceso de la referencia.

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 XXI”.

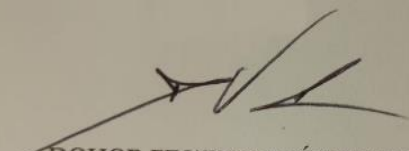
Notifíquese y cúmplase

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

¹⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33- 000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez



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. 191

Manizales, veinticinco (25) agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-002-2021-00105-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Marina Gómez Ortiz
Demandado: Colpensiones

Se emite fallo con ocasión al recurso apelación impetrado por la parte demandada contra la sentencia que se accedió a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita se declare la nulidad de la Resolución SUB 4770 de enero de 2020¹, así como las resoluciones SUB 101160 de abril de 2020 y DPE 8263 de mayo de 2020, expedidas por Colpensiones y que a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la accionada que reconozca nuevamente la sustitución pensional y se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir. desde la fecha de suspensión, así como que se afilie nuevamente a la EPS.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se señala en síntesis que, por medio de la Resolución 2361 de 2008 el Instituto de Seguros Sociales -ISS- reconoció al señor Eduardo Ortiz Castaño su pensión de vejez. Que ante su fallecimiento, la demandante Luz Marina Gómez Ortiz y la señora María Consuelo Vargas Gallego solicitaron ante Colpensiones en calidad de cónyuges o compañeras permanentes la sustitución pensional. Que por medio de la Resolución GNR 131449 de mayo 06 de 2015 Colpensiones negó ambas peticiones teniendo en cuenta la controversia existente entre ambas solicitantes, la cual requiere solución por parte de la justicia ordinaria; sin embargo, la señora Luz Marina Gómez Ortiz presentó recurso de reposición contra el acto administrativo referido.

¹ Por medio de la cual Colpensiones revocó la Resolución No. GNR 215017 del 19 de julio de 2015A través de la cual se había reconocido sustitución pensión a favor de la señora Luz Marina Gómez Ortiz

Frente a lo planteado por la recurrente Colpensiones profirió la Resolución GNR 215017 de julio 19 de 2015 en la que se ordenó revocar la Resolución GNR 131449 del 6 de mayo 2015 que negó la sustitución pensional y en su lugar dispuso el reconocimiento y pago de la prestación económica en favor de la demandante.

Posteriormente, Colpensiones a través de Resolución SUB 4770 de 10 de enero de 2020 decidió revocar en su totalidad el acto administrativo GNR 215017 de 19 de julio de 2015 por medio del cual se había reconocido una sustitución pensional, fundamentado en una investigación administrativa, al haber recibido el 21 de febrero de 2017 un reporte a través de la línea de integridad y transparencia donde se mencionaba que existían posibles hechos de fraude en el reconocimiento de la pensión.

Menciona que, del inicio de la investigación administrativa especial se le envió comunicación distinguida con el número 2019-3140043 a, informándole del motivo de la actuación concediéndole un término de 15 días hábiles para que presentara sus argumentos y los elementos de prueba, enviada el 08 de marzo de 2019 a la **calle 7ª No. 3-12** en el barrio Ipira de Roldanillo - Valle, comunicación que lógicamente fue devuelta el 13 de marzo de 2019 por dirección inexistente. Que la dirección **CALLE 7A # 3-13, B**, es la correcta.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Invocó como vulnerados el artículo 29 de la Constitución y el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011 y cito la sentencia SU-182 de mayo 8 de 2019, en lo que se refiere a la sujeción del debido proceso en el traite de revocatoria de los actos de reconocimiento pensional.

2. Contestación a la demanda

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la parte demandante; afirmó que no le consta si la dirección aducida como correcta por la parte demandante era acertada o no, que correspondía a la parte actora demostrar ese hecho.

Formuló las excepciones de mérito tituladas: -. "*AUSENCIA DEL DERECHO RECLAMADO-FALTA DE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES*:" basada en que la demandante no acreditó el requisito de convivencia con el causante por un término no inferior a 5 años, previsto para acceder a la prestación por el literal a del Artículo 47 de la Ley 100 de 1993. -. "*INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO*", Señaló que al denegar el reconocimiento de la prestación lo hizo en cumplimiento de las disposiciones legales aplicables, por lo que la pretensión de la demandante carece de fundamento. -. "*PRESCRIPCIÓN*", Se propuso sobre cualquier derecho que eventualmente se hubiere causado a favor del demandante. -. "*BUENA FE*", La entidad se amparó en la presunción de legalidad del acto emitido y señaló que corresponde al demandante controvertirla.

3. Fallo de primera instancia

El *a quo* declaró no probadas las excepciones formuladas por la demandada; declaró la nulidad de los actos demandados y a título de restablecimiento del derecho ordenó el pago de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el 10 de enero de 2020 hasta la

ejecutoria de la decisión, de manera retroactiva, y las que se sigan causando con posterioridad, así mismo ordenó a la entidad cumplir con las obligaciones respecto a la afiliación de la demandante a seguridad social en salud.

Como fundamento de la decisión, luego de señalar los hechos probados afirmó que, Colpensiones tenía dentro del expediente administrativo, pleno conocimiento de la dirección de la demandante, sin embargo, de forma inexplicable remitió la comunicación de la apertura de investigación a otra diferente y pese a la devolución del correo no procedió a verificar qué había sucedido y así, detectar y corregir el error en la notificación. De modo que adelantó la investigación interna sin la comparecencia de la ahora demandante y por ende, sin darle la oportunidad de ejercer su defensa, vulnerando el derecho al debido proceso, lo cual conlleva la nulidad de los actos demandados.

4. Recurso de apelación

Colpensiones solicita se revoque la decisión, por cuanto la actora no cumple con los requisitos de ley para acceder a las pretensiones de la demanda, pues no acredita que la demandante haya convivido con el causante no menos de 5 años con anterioridad a su fallecimiento, por así disponerlo el literal a del artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que, atendiendo el resultado de las labores de campo realizadas por Unión Temporal *Adalid—Sintecto 2027*, mediante informe técnico de investigación L-28-8950 LFM, se estableció que la señora Luz Marina Gómez Ortiz, al momento de solicitar la pensión de sobrevivientes, presentó información no verídica en sus declaraciones juramentadas, como quiera que en estas indicaba había convivido de manera permanente con el causante Eduardo Ortiz Castaño, hasta la fecha de su fallecimiento, sin embargo, aseguró que ello es un hecho ajeno a la realidad, pues no logró validar, puesto que los entrevistados señalaron que el causante vivió con su hermano hasta que este falleció y con posterioridad el señor Ortiz Castaño, vivió en una finca solo, durante los dos últimos años de vida.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De conformidad con los argumentos planteados en la sentencia y el recurso de apelación corresponde establecer: *¿Son nulos los actos administrativos demandados, por medio de los cuales se revocó la Resolución GNR 215017 del 19 de julio de 2015 a través de la cual se había reconocido sustitución pensión a favor de la señora Luz Marina Gómez Ortiz, toda vez que, se vulneró el derecho al debido proceso de la beneficiaria, o, esta se encuentra ajustada a derecho, teniendo en cuenta que la actora no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes?*

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizarán: i) los hechos probados; ii) el marco jurídico sobre la facultad de revocar pensiones reconocidas irregularmente y iii) el caso concreto.

2. Marco jurídico - Facultad de revocar pensiones reconocidas irregularmente

A través de la Ley 797 de 2003 *“por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993”*, se consagró una de las excepciones a la prohibición de revocatoria unilateral, cuando ocurre justamente en el marco del sistema pensional, así:

“Artículo 19. Revocatoria de pensiones reconocidas irregularmente. Los representantes legales de las instituciones de Seguridad Social o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, deberán verificar de oficio el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para obtener el reconocimiento y pago de la suma o prestación fija o periódica a cargo del tesoro público, cuando quiera que exista motivos en razón de los cuales pueda suponer que se reconoció indebidamente una pensión o una prestación económica. En caso de comprobar el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, debe el funcionario proceder a la revocatoria directa del acto administrativo aun sin el consentimiento del particular y compulsar copias a las autoridades competentes”.

Esta norma fue analizada por la Corte Constitucional en sentencia C-835 de 2003, en la cual declaró su exequibilidad *“en el entendido que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal”*, esto al considerar que los dos supuestos que trae la norma deben entenderse como el resultado de conductas u omisiones especialmente graves, al punto que pudieran enmarcarse en algún tipo penal; y no simplemente tratarse de discrepancias jurídicas, o inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos.

En la citada decisión, la Corte estableció que la revocatoria directa, debe sujetarse a las reglas básicas del debido proceso, con lo cual la administración no puede suspender el pago de las mesadas mientras se surte el proceso, en el cual, además, la carga de la prueba recae sobre la administración, a quien corresponde demostrar, con suficiencia, la irregularidad que originó el reconocimiento pensional.

Posteriormente, la Corte Constitucional, en sentencia SU - 182 de 8 de mayo de 2019² recalcó que la revocatoria directa es una poderosa herramienta que permite a la administración ejercer un control de legalidad sobre sus propios actos, pudiendo incluso invalidar, sin el consentimiento del afectado, decisiones que estaban en firme y produciendo efectos jurídicos, mecanismo que *“es compatible con el orden constitucional, pues la defensa del imperio de la ley es una obligación ineludible de la administración lo que, en ocasiones, exige retirar inmediatamente los actos contrarios a la Constitución y la Ley. Un Estado que permite que una norma abiertamente ilegal continúe produciendo efectos, también es un factor de inseguridad que pone en entredicho su credibilidad y viabilidad”*.

Ahora bien, las pautas de unificación allí establecidas son las siguientes:

(i) Solo son dignos de protección aquellos derechos que han sido adquiridos con justo título. Según dispone el artículo 58 de la Carta Política, la protección de los derechos adquiridos, implica que su obtención se dio *“con arreglo a las leyes vigentes”*. Los derechos que se obtienen irregularmente no pueden aspirar a la misma protección e inmutabilidad de la que gozan los derechos obtenidos con apego a la Ley.

² MP. Diana Fajardo Rivera

(ii) La verificación oficiosa del cumplimiento de los requisitos pensionales es un deber.

Las administradoras de pensiones o quienes respondan por el pago o hayan reconocido o reconozcan prestaciones económicas, no solo están facultadas, sino que es su deber verificar de oficio, el cumplimiento de los requisitos para la adquisición de un derecho prestacional. Sin embargo, mientras no surjan nuevos motivos o causas fundadas de duda, no puede la administración reabrir periódicamente investigaciones que afecten derechos adquiridos, y propicien escenarios injustificados de inseguridad jurídica.

(iii) Solo motivos reales, objetivos, trascendentes, y verificables, que pudieran enmarcarse en un comportamiento criminal justifican la revocatoria, sin el consentimiento del afectado.

Con este criterio, la jurisprudencia busca evitar que el ciudadano quede al arbitrio de la administración. La simple sospecha, inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos, o debates jurídicos alrededor de una norma, no habilitan el mecanismo de la revocatoria unilateral. Estos motivos deben ser lo suficientemente graves como para que pudieran enmarcarse en una conducta penal.

(iv) No es necesario aportar una sentencia penal para desvirtuar la buena fe del beneficiario de la pensión.

Los supuestos que trae el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 deben entenderse como el resultado de conductas u omisiones especialmente graves, al punto que pudieran enmarcarse en algún tipo penal; y no simplemente tratarse de discrepancias jurídicas, o inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos. Esto supone un estándar alto de prueba a cargo de la administración, pero no implica una suerte de prejudicialidad, que restrinja la actuación de la administración a la espera que se produzca una sentencia penal condenatoria.

(v) Tampoco hace falta que el afiliado sea el que haya concertado o inducido en error a la administración, pues el ordenamiento jurídico sanciona a quién se aprovecha de estos escenarios.

El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento del sistema pensional. El orden constitucional no protege la posición de quien pretende aprovecharse del error o infortunio ajeno para obtener un beneficio particular.

(vi) Sujeción al debido proceso.

La administración o autoridad competente no puede suspender un derecho pensional, sin antes haber agotado un debido proceso que garantice al afectado su defensa. En este proceso, la carga de la prueba recae sobre la administración a quien corresponde desvirtuar la presunción de buena fe que cobija al pensionado. Durante el mismo, debe prestarse especial atención a los principios de la necesidad de la prueba, de la publicidad y la contradicción³. Frente a una “censura fundada”⁴ de la administración, la carga de la prueba se traslada al afiliado.

(vii) El derecho fundamental al habeas data y la prueba supletiva de la historia laboral.

Tanto el empleador como las administradoras de pensiones son las principales responsables de velar por la correcta expedición y custodia de los certificados que den cuenta

³ Sentencia C-835 de 2003. MP. Jaime Araujo.

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia del 16 de julio de 2002. Radicación número: 23001-23-31-000- 1997- 8732-02 (IJ 029).

fielmente de la trayectoria laboral de una persona. Pero, teniendo en cuenta que aún subsisten fallas en el manejo de la información, las administradoras de pensiones no pueden, sin más, modificar la historia laboral de un afiliado, salvo que cuenten con una “justificación bien razonada” y sujeta a un debido proceso. El afiliado, por su parte, está en el derecho de controvertir el dictamen de la administración, y para ello podrá hacer uso de los medios supletivos de prueba a su alcance. El análisis del nivel de certeza que ofrecen estos medios alternos deberá hacerse caso a caso, y teniendo en cuenta, también, que la tutela no es el escenario para adelantar un examen probatorio a fondo, ni reemplaza la competencia del juez ordinario, quien tiene la palabra definitiva.

(viii) El procedimiento administrativo de revocatoria no debe entenderse como un escenario puramente adversarial. Atendiendo las fallas históricas en el manejo de la información laboral, y considerando que el trabajador es la parte débil del sistema, las administradoras de pensiones no pueden asumir el procedimiento de revocatoria como una instancia meramente adversarial. Están obligadas a utilizar sus competencias de investigación e inspección, incluso de oficio, para corroborar o desestimar los argumentos y pruebas que ponga de presente el trabajador. En caso de que el afiliado allegue algún medio de prueba que soporte razonablemente su versión, no se podrá revocar su derecho, hasta tanto la administración agote los medios a su alcance para verificar las pruebas e intentar aproximarse a la realidad fáctica de lo sucedido.

(ix) Efectos de la revocatoria. La revocatoria directa solo tiene efectos hacia el futuro (ex nunc). La administración no puede recuperar los dineros que haya girado en una maniobra fraudulenta a través de este mecanismo, sino que debe acudir al juez administrativo, quién sí es competente para retrotraer todas las consecuencias que ocasionó un acto administrativo contrario a derecho.

(x) Alcance de la revocatoria y recurso judicial. La revocatoria unilateral es un mecanismo de control excepcional promovido por la propia administración. Esta no resuelve definitivamente sobre la legalidad de un acto administrativo, ni tiene la competencia para expulsar del ordenamiento un acto pensional y retrotraer sus efectos. Tanto la administración como los particulares podrán acudir ante el juez competente para resolver de forma definitiva las diferencias que surjan en torno a un reconocimiento pensional”. (Resalta la Sala)

3. Lo probado

- De acuerdo con la Escritura Pública 2135 de 18 de noviembre de 2009 de la Notaría 22 de Medellín, los señores Eduardo Ortiz Castaño y Luz Marina Gómez Ortiz -demandante- declararon la existencia de una unión marital de hecho entre ellos.⁵
- Mediante Resolución GNR 215017 del 19 de julio de 2015, Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en favor de la señora Luz Marina Gómez Ortiz con ocasión al fallecimiento del señor Eduardo Ortiz Castaño.⁶

⁵ Pág. 1-2 AD “04”

⁶ Pág. 3-12 Ibidem.

- Colpensiones por medio de la Resolución SUB 4770 del 10 de enero de 2020, revocó la Resolución 215017 del 19 de julio de 2015 y negó la sustitución pensional reconocida a favor de la señora Luz Marina Gómez Ortiz⁷ con fundamento en:

“Que de conformidad con la Investigación Administrativa Especial número 376-18 adelantada por la Gerencia de Prevención del Fraude, se concluye que el reconocimiento de una Sustitución Pensional reconocida con ocasión del fallecimiento del señor ORTIZ CASTAÑO EDUARDO, quien en vida se identificó con CC No. 4, 334,179 (Q.E.P.D), ocurrido el 29 de diciembre de 2014, a favor de la señora GÓMEZ ORTIZ LUZ MARINA, ya identificada, en un porcentaje de 100% calidad de Cónyuge o Compañera, se realizó bajo una situación indebida, con fundamento en información incluida de forma irregular,’ de manera que se cumplen los presupuestos exigidos por el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 243 de la Ley 1450 de 2011 para modificar y/o revocar el acto administrativo sin consentimiento del particular que se benefició de la irregularidad, de conformidad con el procedimiento administrativo previsto en la Resolución Colpensiones N° 555 del 2015.”⁸

- Mediante Resolución SUB 101160 del 29 de abril de 2020⁹ y Resolución DPE 8263 del 22 de mayo de 2020¹⁰, Colpensiones resolvió los recursos de reposición y apelación interpuestos por la señora Luz Marina Gómez Ortiz, mediante las cuales confirmó la decisión adoptada en la Resolución SUB 4770 del 10 de enero de 2020.

4. Análisis del caso concreto

El *a quo* consideró que, los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad por cuanto Colpensiones vulneró el derecho al debido proceso de la demandante al revocar la Resolución GNR 215017 del 19 de julio de 2015 a través de la cual se había reconocido la sustitución pensión, toda vez que, envió la comunicación de la apertura de investigación a una dirección errada, y pese a la devolución del correo no procedió a verificar qué había sucedido y así, detectar y corregir el error en la notificación. De modo que adelantó la investigación interna sin la comparecencia de la ahora demandante y por ende, sin darle la oportunidad de ejercer su defensa.

Colpensiones en su recurso señaló que, la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado debe permanecer incólume teniendo en cuenta que no se acreditó ninguna causal de nulidad y, se limitó a transcribir apartes de la demanda en los que refiere que la señora Gómez Ortiz no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, para ser beneficiaria de la sustitución pensional que gozaba y que además, en el trámite administrativo a través del cual obtuvo el reconocimiento pensional aportó declaraciones extra juicio que no se lograron verificar en el posterior trámite investigativo que llevó al acto administrativo demandado. Así mismo, resulta relevante mencionada que la entidad en la contestación de la demanda sostuvo, que no le consta si la dirección aducida como correcta por la parte demandante era acertada o no, que correspondía a la parte actora demostrar ese hecho.

⁷ Pág. 13-27 Ibidem.

⁸ Pág. 14 AD “04”

⁹ Pág. 28-48 Ibidem.

¹⁰ Pág. 49-69 Ibidem.

Al respecto, la Sala, de acuerdo con las pruebas aportadas encuentra acreditado que, el Gerente de Prevención de Fraude de Colpensiones, por medio de oficio del 8 de marzo de 2019, pretendió comunicar a la señora Gómez Ortiz la existencia de la Investigación Administrativa Especial No. 376-18¹¹, con el fin de informarle el motivo de la actuación y concediéndole un término de quince (15) días para que presentara sus alegaciones y los elementos de prueba que pretendiera hacer valer.

Según constancia de “*Información Envío Correspondencia*”, la comunicación antes mencionada, fue devuelta el 13 de marzo de 2019 con la anotación de **no existir la dirección**¹², según la guía expedida por la empresa de mensajería, la comunicación había sido enviada a la dirección “**CII 7 A #3-12** “*barrio Ipira*”, de Roldanillo (Valle del Cauca). Posteriormente, Colpensiones procedió a realizar una publicación en un periódico de circulación nacional¹³, con el propósito de llevar a cabo la notificación de la apertura de investigación administrativa especial adelantada contra la señora Gómez Ortiz.

Sin embargo, la dirección correcta era “**CII 7 A #3-13** “*barrio Ipira*” de Roldanillo (Valle del Cauca), la cual Colpensiones conocía previamente a la apertura de la investigación administrativa especial, prueba de ello, es la comunicación BZ2018_12210394-2989685, dirigida a la señora Luz Marina Gómez Ortiz el **5 de octubre de 2018** y que fue remitida a esta última dirección.¹⁴

De igual forma, con el envío de los Oficios. SEM-10191 de 29 de julio de 2016¹⁵ y BZ2015_12206056-3404311 de 17 de diciembre de 2015¹⁶, se evidencia que Colpensiones tenía claridad acerca de cuál era la dirección física de la señora Gómez Ortiz, por cuanto dichas comunicaciones en su momento fueron efectivamente entregadas en la dirección **CII 7 A #3-13** “*barrio Ipira*” de Roldanillo (Valle del Cauca)¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, resulta diáfano concluir que Colpensiones conocía la dirección del domicilio de la señora Gómez Ortiz, sin embargo, al momento de notificar el oficio a través del cual ponía en conocimiento la existencia de la Investigación Administrativa Especial No. 376-18, acto en el que además concedía a la beneficiaria oportunidad de controvertir las pruebas recaudadas por la entidad y otorgaba la oportunidad de presentar alegaciones, fue enviado a una dirección equivocada, yerro que solo puede ser atribuido al mentado fondo de pensiones; configurándose de esta manera la indebida notificación y por consiguiente, la violación al debido proceso de la administrada.

En este punto cabe precisar que, la Corte Constitucional señaló que en el campo específico de los procedimientos administrativos las garantías que integran el debido proceso son, entre otras, las siguientes:

¹¹ Pág. 6-7 AD “12”

¹² Pág. 240-243 Ibidem.

¹³ Pág. 37 AD “02”

¹⁴ Pág. 117 AD “12”

¹⁵ “*Tipo trámite: Traslado EPS*”

¹⁶ “*Tipo de Trámite: Gestión de nómina pensionados - Traslado EPS_EPS*”

¹⁷ Pág. 122-123 Ibidem

*“22. En el campo específico de los procedimientos administrativos, la Corte ha explicado que las garantías que integran el derecho son, entre otras “i) el derecho a conocer el inicio de la actuación; ii) a ser oído durante el trámite; iii) **a ser notificado en debida forma**; iv) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; v) a que no se presenten dilaciones injustificadas; vii) a gozar de la presunción de inocencia; viii) a **ejercer los derechos de defensa y contradicción**; ix) **a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen por la parte contraria**; x) a que se resuelva en forma motivada; xi) a impugnar la decisión que se adopte y a xii) promover la nulidad de los actos que se expidan con vulneración del debido proceso¹⁸ (...)”¹⁹. (Se destaca)*

Así, se desprende que la Resolución SUB 4770 del 10 de enero de 2020 y los demás actos que la confirmaron, se encuentran viciados de nulidad, por cuanto transgredieron las pautas para la revocatoria directa de actos de reconocimiento pensional sin consentimiento del pensionado, establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia SU - 182 de 8 de mayo de 2019, puesto que el procedimiento debe “*producirse con sujeción al debido proceso*” y, en este caso particular, la demandante no fue debidamente notificada de la existencia de la Investigación Administrativa Especial No. 376-18, pretermitiendo además la posibilidad de aportar o controvertir las pruebas recaudadas por la entidad y la oportunidad de presentar alegatos.

5. Conclusión

Probado como está que, Colpensiones revocó unilateralmente la situación jurídica del demandante sin haber respetado el debido proceso previsto para tal fin, es claro que los actos administrativos demandados se encuentran viciados de nulidad.

Por las razones expuestas, no prosperan los argumentos de la parte apelante y en consecuencia se confirmará la decisión de primera instancia.

6. Costas de segunda instancia

Con fundamento en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 365 del Código General del Proceso, a partir del criterio objetivo valorativo que ha sido expuesto por el Consejo de Estado para la imposición de la condena en costas, se torna necesaria la existencia de gastos procesales y actuaciones en que hayan incurrido las partes, para dar lugar a la imposición de dicha condena. Así las cosas, no se condenará en esta instancia, ello teniendo en cuenta que, las partes no efectuaron intervención ante este Tribunal.

Por lo discurrido, 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

¹⁸ Ver, sentencias C-248 de 2013 (MP. Mauricio González Cuervo), C-085 de 2014 (MP. Alberto Rojas Ríos) y C-929 de 2014 (MP. Mauricio González Cuervo).

¹⁹ T-324 de 2015.

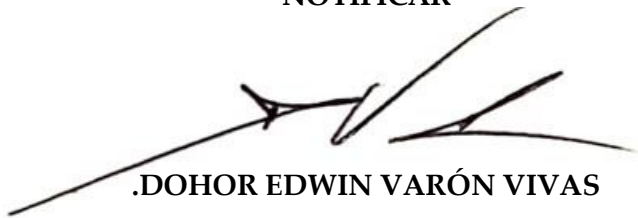
Primer: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales el 4 de mayo de 2023, en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por **Luz Marina Gómez Ortiz** contra el **Colpensiones**.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en el programa **siglo XXI**.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 51 de 2023.

NOTIFICAR



.DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 188

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-39-005-2021-00125-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Colpensiones
Demandado: Olga Piedad Molina Patiño

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

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad parcial de la Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020, por medio de la cual, Colpensiones al resolver el recurso de reposición y en subsidio apelación revocó la Resolución SUB 146199 del 08 de julio de 2020 y reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez a favor de la demandada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la demandada, reintegrar las mesadas pensionales giradas en forma irregular y las diferencias pensionales pagadas de más por concepto de mesadas, aportes a salud y/o fondo de solidaridad pensional, generadas entre el valor de la mesada pensional reconocido y la que realmente le corresponde, así como las demás que se sigan causando hasta el momento en que se profiera el fallo. Así mismo, se ordenar liquidar y pagar las sumas adeudadas de manera indexada y se condene en costas.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandada solicitó reconocimiento de vejez, el 26 de junio de 2020, la cual fue resuelta por Colpensiones mediante Resolución SUB 146199 del 8 de julio de esa misma anualidad, en la que se niega la prestación por no acreditar los requisitos de ley. La decisión fue recurrida por la interesada y revocada mediante Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020, por lo que se procede a reconocer y ordenar el pago de la pensión de vejez, a partir del 1° de octubre de 2020, en cuantía de \$1'619.286.

Que una vez validada la historia laboral de la demandada, se logró establecer que contaba con 1.296 semanas hasta marzo de 2020, ya que las semanas correspondientes a abril de 2020 se registró por el 3% conforme al Decreto 558 de 2020, el cual no puede tenerse en cuenta en

la medida en que la demandada percibe una mesada superior a un salario mínimo.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

Con fundamento en lo anterior, indicó como vulnerados, los artículos 48 de la Constitución Política; artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993; artículo 2312 del Código Civil; Acuerdo 049 de 1991 aprobada por el Decreto 758 de 1990 en sus artículos 13 y 35.

Señaló que, el acto administrativo demandado desconoce de manera ostensible la norma en que debió fundarse, toda vez que, se logró comprobar que existió un pago de lo no debido respecto de las diferencias causadas entre la mesada reconocida, y la que actualmente debe percibir la afiliada ajustada en derecho, sin que se hubiere tenido en cuenta hasta la última semana cotizada y, consecuentemente, se incurrió en un pago irregular.

2. Pronunciamiento de la demandada

La demandada se opuso a las pretensiones de la actora señalando que, su demanda está soportada en el pago deficiente de las cotizaciones en pensiones para abril de 2020, fecha para la cual, Colpensiones debió requerir a “MI IPS TOLIMA” por haber realizado un pago por un porcentaje y un valor inferior al que correspondía, sin que, por tal omisión, deba responder la accionada.

Que, si bien el Decreto 558 de 2020 era aplicable para el salario mínimo, ello no significa que no pueda reintegrar la diferencia suscitada entre el 3% y el 16% dejado de cancelar por el empleador. Que así, realizó consignación con destino a Colpensiones por la diferencia presentada, circunstancia que permite que se le tengan en cuenta las 4 semanas que dice Colpensiones no se le contabilizarían.

Que por tanto, cumplió a cabalidad con todos los requisitos para el reconocimiento de su pensión a partir del 30 de abril de 2020, fecha en la cual acreditó haber cotizado 1300 semanas y el cumplimiento de los 57 años de edad.

Con fundamento en lo anterior, propuso las excepciones tituladas: - “Cobro de lo no debido”; “Inexistencia de la obligación”; “Buena fe”; “Falta de constitución en mora como paso (requisito) previo al inicio de la acción de lesividad”; “Imposibilidad en el mes de abril de 2020, para la señora Molina Patiño de conocer cuanto seria el cálculo de la mesada pensional a habría lugar con el reconocimiento de la misma”; “Confianza legítima de la parte débil de la relación en entender que el empleador hizo los descuentos necesarios para la cotización a la seguridad social que corresponde al mes de abril de 2020”; - “Desatención de Colpensiones de su deber de iniciar cobro coactivo y así dar oportunidad a la demandada de adelantar las gestiones para equilibrar las cotizaciones”; “Desatención de Colpensiones al artículo 2.2.3.5.2. del Decreto 376 de 2021”; “Ignorar Colpensiones el Decreto 736 de 2021 en su totalidad”; “Pago del 100% del valor de la cotización correspondiente al mes de abril de 2020 por parte de la señora Olga Piedad Molina, por potestad asignada en virtud del parágrafo 1° del Decreto 763 de 2021, artículo 2.2.3.5.2”; “Garantía de pensión”; “Improcedencia de devolver dineros pagados a título de mesadas pensionales y mucho menos de manera indexada”; “Existencia de legalidad de la pensión de vejez reconocida a mi mandante”.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones denominadas “Cobro de lo no debido” e “Inexistencia de la obligación”, formuladas por la demandada, y negó las pretensiones de la actora.

Como fundamento de su decisión señaló que, si bien es cierto se reconoció la pensión de vejez bajo las condiciones establecidas en el Decreto 558 de 2020, dicho reconocimiento partió de una interpretación errónea del artículo 5° de esta última norma, pues esta consagró que los aportes parciales realizados en abril y mayo de 2020, por aquellos empleados con expectativa de recibir una pensión de vejez equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, se reflejarían en la historia laboral para efectos de completar las 1.300 semanas que se requieren en el régimen de prima media administrado por Colpensiones. En sentido contrario, los aportes parciales realizados por empleados con expectativa de adquirir una pensión superior a un salario mínimo, -como es el caso de la demandada- no se verían reflejados en su historia laboral para efectos de completar el número mínimo de semanas necesarias para el reconocimiento pensional.

Que no obstante lo anterior, también se encuentra probado que, el 22 de julio de 2021, la demandada realizó el pago faltante de los aportes al sistema general de pensiones para el periodo de abril de 2020, con lo cual se garantiza que, el sistema no se vea afectado financieramente.

En este sentido, concluyó que, la cuantía de la pensión reconocida a la demandada, se encuentra acorde con el número de semanas efectivamente cotizadas, sin que sea dable entrar a considerar la posibilidad de modificar el monto de la mesada pensional y, mucho menos, de ordenar la devolución de suma de dinero alguna.

4. Apelación

Colpensiones solicitó la revocatoria de la decisión y en su lugar acceder a sus pretensiones. Para ello reiteró los argumentos expuestos en la demanda, insistiendo en que, después de realizar un estudio del expediente administrativo pensional, referente a la prestación económica reconocida se evidencia que la demandada acredita 1296 semanas cotizadas, dicho periodo de cotización corresponde hasta marzo del 2020, toda vez que los tiempos correspondientes a abril de 2020, registra la observación de pago del Decreto 558 de 2020, cotización efectuada con el 3%.

Que de conformidad con el artículo 5 del Decreto 558 de 2020 no se le puede tener en cuenta los periodos cotizados de abril de 2020, por cuanto su cotización se realizó sobre el 3%, como lo habilita la norma antes citada; sin embargo, al estudiar el caso no se encuentra dentro de las reglas establecidas en el Decreto para su aplicación, ya que su mesada es superior a un salario mínimo.

Resaltó que, los actos administrativos a voces del artículo 88 de la Ley 1437 de 2011, gozan de una presunción de legalidad, en principio de buena fe, para el administrado, la cual, entra a cambiar cuando este tiene conocimiento por parte de la entidad sobre la intención de revocar su propio acto por estar soslayando con alguna norma de carácter constitucional o de ley, la infracción al sistema jurídico, comienza a desbordar perjuicios al orden financiero de la entidad que represento, en calidad de administradora de recursos que pertenecen al sistema de seguridad social en pensiones, como derecho fundamental de todas las personas afiliadas al sistema.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

De acuerdo al recurso de apelación, el asunto se centra en establecer: *¿Es nula parcialmente la Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020, proferida por Colpensiones, mediante la cual reconoció el pago de una pensión de vejez a la señora Olga Piedad Molina Patiño, por cuanto, solo acreditaba 1296 semanas cotizadas, toda vez que los tiempos correspondientes a abril de 2020, registra la observación de pago del Decreto 558 de 2020, cotización efectuada con el 3%?*

Para dar respuesta al interrogante planteado se analizarán: i) el fundamento jurídico sobre el pago de aportes al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020; y el principio de la buena fe para devolución de prestaciones periódicas; ii) los hechos acreditados y iii) el caso concreto.

2. Fundamento jurídico

2.1. Pago de aportes al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020

El Decreto Legislativo 558 de 15 de abril de 2020¹, en cuanto al pago del aporte al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020 y Contabilización de las semanas, señaló:

“ARTÍCULO 3. Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones. En atención a los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, para los períodos de abril y mayo cuyas cotizaciones deben efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020, respectivamente, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes que opten por este alivio pagarán como aporte el 3% de cotización al Sistema General de Pensiones, con el fin de cubrir el costo del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o el aporte a los fondos de invalidez y sobrevivencia del Régimen de Prima Media, según corresponda, así como el valor de la comisión de administración .

La cotización de que trata este artículo será pagada de la siguiente manera: El 75% por el empleador y el 25% restante por el trabajador. Por su parte, los trabajadores independientes pagarán el 100% de esta cotización.

El Ministerio de Salud y Protección Social realizará las modificaciones temporales que correspondan a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes -PILA, para dar cumplimiento a lo establecido en el presente Decreto Legislativo.

ARTÍCULO 5. Contabilización de las semanas y acceso al seguro previsional. *Las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán tener en cuenta a favor de sus afiliados, las semanas correspondientes a los dos meses cotizados bajo las normas del presente Decreto Legislativo, con el fin de que estas semanas se contabilicen para completar las 1150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a las 1300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media; así como para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y la cobertura del seguro previsional.*

PARÁGRAFO. *Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, cuando haya lugar al traslado entre administradoras o entre regímenes, no se deberá efectuar el traslado de valores*

¹ “Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”

que no se encuentren registrados como pagados efectivamente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-258 de 2020, declaró inexecutable el Decreto Legislativo 558 de 2020, con efectos a partir de su expedición y ordenó al Gobierno Nacional que, “ adoptara e implementara un mecanismo que, en un plazo razonable, permitiera a empleadores, empleados e independientes, aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del año 2000, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto por el Decreto 558 de 2020”.

En cumplimiento de esa orden el Gobierno Nacional expidió el Decreto 376 del 09 de abril de 2021², que al respecto señaló:

“COTIZACIONES PARCIALES DE LOS MESES DE ABRIL Y MAYO DE 2020

Artículo 2.2.3.5.1. Objeto. *El presente Capítulo tiene como objeto adoptar e implementar los mecanismos que sean necesarios para que, en un plazo no superior a 36 meses, contado a partir del 1 de junio de 2021, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores dependientes e independientes aporten los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo de 2020, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 558 de 2020, declarado inexecutable por la Corte Constitucional.*

Artículo 2.2.3.5.2. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los periodos de abril y mayo de 2020. *Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello sólo hayan aportado el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo, tal como lo establece la sentencia C-258 de 2020, proferida por la Corte Constitucional.*

Parágrafo 1. *La cotización de que trata el presente artículo deberá efectuarse de la siguiente manera: i) El 75% por el empleador, exclusivamente, y el 25% restante por el trabajador; sin perjuicio de lo anterior, el empleador o el trabajador podrán efectuar la totalidad de pago de la cotización faltante y posteriormente efectuar el cobro al empleador o al trabajador según corresponda. Para el caso de los trabajadores independientes, estos pagarán el 100% del aporte de la cotización al Sistema General de Pensiones faltante.*

Parágrafo 2. *A partir de la publicación del presente decreto, los empleadores estarán facultados para descontar del salario y/o la liquidación de prestaciones sociales de los trabajadores, el valor correspondiente al 25% de cotización en pensiones de la que trata este artículo. En todo caso los empleadores no deberán solicitar autorización del trabajador para descontar el porcentaje a cargo del trabajador, y deberán informarle de tal descuento de su salario y/o liquidación de prestaciones sociales.*

Parágrafo 3. *El pago total de los aportes faltantes a las cotizaciones de los meses de abril y mayo de 2020 podrá hacerse en diferentes meses, sin que en ningún caso se supere el plazo de 36 meses establecido en el presente artículo. En todo caso no se aceptarán pagos parciales para ninguno de los dos periodos.*

Artículo 2.2.3.5.3. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones en Casos

² “Por el cual se adiciona el Capítulo 5 al Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de implementar medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones por los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, de los que fueron exonerados los empleadores y trabajadores independientes a través del Decreto Legislativo 558 de 2020 y en cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia C-258 de 2020 de la Honorable Corte Constitucional”.

Especiales. Si la empresa empleadora llegare a entrar en liquidación o el empleador se declarase en cesación de pagos, deberán realizar prioritariamente en favor de sus trabajadores, el pago de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 2.2.3.5. del presente decreto.

En el evento en que un trabajador se retire o sea retirado de su cargo, la entidad empleadora deberá retener de los salarios o emolumentos pendientes de pago, el valor del aporte correspondiente al 25% a cargo del trabajador con el fin de efectuar la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 2.2.3.5.2 del presente decreto.

Si el trabajador dependiente se retiró de la empresa, fue despedido o la empresa fue liquidada y por tal razón sólo se efectuó el pago de la cotización a cargo del empleador, las Administradoras de Pensiones deberán acreditar en la historia laboral del afiliado, las semanas correspondientes al 75% de la cotización realizada.

En todo caso el trabajador podrá en cualquier momento efectuar el pago del porcentaje faltante, es decir el 25% de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, para lo cual, en caso de efectuar dicho pago después de transcurrido el plazo de 36 meses establecido en el presente decreto aplicará la causación de los intereses de mora contenida en el artículo 2.2.3.5.5 del presente decreto.

El trabajador también podrá pagar la totalidad del aporte faltante, caso en el cual podrá repetir contra el empleador directamente o hacerse acreedor en el proceso liquidatorio, si a él hubiere lugar.

Parágrafo. Una vez recibido el pago de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, las Administradoras de Pensiones deberán trasladar el porcentaje que corresponda al Fondo de Solidaridad Pensional y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, si a ello hubiere lugar.

(...)

Artículo 2.2.3.5.6. Actualización de la historia laboral. La historia laboral deberá reflejar, en cualquier caso, el 3% de cotización previamente aportado en cumplimiento del Decreto Legislativo 558 de 2020 para la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia.

Para efectos de una prestación de vejez, la historia laboral será actualizada una vez los aportantes paguen la totalidad del valor faltante de la cotización al Sistema General de Pensiones.

Una vez efectuado el pago de que trata este Capítulo, la administradora de pensiones correspondiente deberá actualizar el recaudo y la historia laboral del afiliado.

Artículo 2.2.3.5.7. Garantía de pensión. Los afiliados a quienes se les haya reconocido una prestación económica del Sistema General de Pensiones en las condiciones establecidas en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, tendrán derecho a continuar disfrutando de dicha prestación.

Los afiliados a quienes se les haya efectuado el tres por ciento (3%) de la cotización tendrán derecho a que las Administradoras del Sistema General de Pensiones contabilicen a su favor, las semanas correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas con el fin de acceder a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en Colpensiones y la cobertura del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual, en cualquier momento.

Para el caso de las solicitudes de prestaciones económicas relacionadas con el riesgo de vejez que se hayan presentado ante las administradoras de pensiones en cumplimiento de lo establecido en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020 que no hayan sido resueltas, no se podrán contabilizar las ocho (8) semanas de cotización de los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, hasta tanto se efectuó el pago faltante del aporte.

(...)

Artículo 2.2.3.5.10. Obligación especial de los empleadores. El plazo para que los empleadores efectúen el pago de la cotización faltante de aquellos trabajadores que estén a menos de tres años para cumplir la edad de pensión, no deberá exceder de dicha fecha, con el fin de no afectar los derechos de sus trabajadores.

En todo caso, las semanas no podrán ser tenidas en cuenta para las prestaciones de vejez, a menos que efectivamente se haya efectuado el aporte faltante".

2.2. Principio de la buena fe para devolución de prestaciones periódicas

Conforme al artículo 83 Superior, el principio de buena fe implica que: (i) las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben estar gobernadas por el principio de buena fe y; (ii) ella se presume en las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas, es decir en las relaciones jurídico-administrativas. Esta última característica opera como presunción legal que admite prueba en contrario³.

En cuanto al alcance del citado principio, la Corte Constitucional⁴ ha sostenido:

«La jurisprudencia constitucional ha entendido el principio de buena fe “como una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. En pocas palabras, la buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. De igual manera, la buena fe orienta el ejercicio de las facultades discrecionales de la administración pública y ayuda a colmar las lagunas del sistema jurídico.”⁵

Así, la buena fe es uno de los principios que rige las relaciones entre la Administración y los administrados y se caracteriza por ser leal, honesta y esperada. A partir de lo esbozado anteriormente, es claro que uno de los componentes esenciales de las actuaciones de buena fe es el respeto por la confianza otorgada por las partes. [...]» (Cursiva del texto).

A su turno, el literal c) del numeral 1 del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevé que la demanda deberá ser presentada, en cualquier tiempo cuando *«[...] se dirija contra actos que reconozca o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, **no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe.** [...]»*. (Negrita de la Sala).

Respecto de la recuperación de dineros pagados a particulares de buena fe, la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶, ha manifestado:

«Sin embargo, ella considera que no es viable disponer el reintegro de las mesadas pensionales que han sido pagadas a el señor (...), como se solicita en el escrito introductorio del proceso, en virtud del reconocimiento de pensión de jubilación por el acto administrativo acusado, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 136 del C.C.A, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, situación aplicable en el caso sub-judice, ya que le correspondía a la parte actora probar debidamente que el demandado cuando solicitó la pensión actuó de mala fe y ello no ocurrió así”⁷.

“No obstante lo anterior, la entidad demandada no estaba facultada para pretender

³ Ver Sentencia C-071 de 2004, Corte Constitucional. Sentencia del 3 de febrero de 2004. Referencia: expediente D-4692.

⁴ Sentencia T-437/12 del 12 de junio de 2012. Referencia: Expediente T-2809770.

⁵ Sentencia C-131 de 2004, citado en la sentencia C-1094 de 2004.

⁶ Sentencia del 15 de septiembre de 2016, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Radicado 5200123-33-000-2012-00121-01(4402-13).

⁷ Sentencia de 2 de marzo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, expediente No. 12.971.

unilateralmente recuperar las sumas de dinero que por equivocación pagó pues fueron recibidas por la actora de buena fe. En esa medida, los pagos efectuados por la entidad tienen amparo legal porque fueron recibidos de buena fe por la demandante y en ese orden, no obstante la legalidad del acto que dispuso el reintegro, la Sala considera que la administración no probó ni en la vía gubernativa ni en la judicial la mala fe de la demandante en la obtención de los reajustes pagados”.

“Por ello, la Sala estima que no existen elementos probatorios suficientes para determinar que el demandado al recibir la cantidad de \$73.647.865, 54 actuó de mala fe, pues, conforme al artículo 83 de la Carta Política, la buena fe se presume, y para desvirtuar su existencia debe operar prueba en contrario porque —se repite— en el desprendible de pago no se detallan los conceptos. Dicha suma, según se afirma en el recurso de apelación, corresponde a mesadas pensionales atrasadas, desde el 31 de marzo de 2008, fecha en que el fallo de tutela del Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación con el 100% de la bonificación por servicios prestados (f. 309).

Sobre la buena fe, es oportuno recordar lo que la Corte Constitucional ha dicho:

[...] Así las cosas, bajo el criterio de que el principio de la buena fe debe presidir las actuaciones de los particulares y de los servidores públicos, quiso el Constituyente que sólo en el caso de los primeros ella se presuma. Por lo mismo, mientras no obre prueba en contrario, la presunción de buena fe que protege las actuaciones de los particulares se mantiene incólume. En cuanto a los servidores públicos no es que se presuma, ni mucho menos, la mala fe. Sencillamente, que al margen de la presunción que favorece a los particulares, las actuaciones de los funcionarios públicos deben atenerse al principio de constitucionalidad que informa la ley y al principio de legalidad que nutre la producción de los actos administrativos [...]

Por lo visto, se ha de revocar el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, puesto que el demandado, al actuar de buena fe, no tiene que reintegrar las prestaciones que le pagaron, de conformidad con el artículo 164, numeral 1, letra c), del CPACA.[...]».

Derrotero jurisprudencial reiterado por esta Sección el 16 de agosto de 2018⁸, al considerar que:

«[...] la buena fe se presume en la actuación de los particulares ante las autoridades, por tanto, debe desvirtuarse por quien así la alega. Es así que es de competencia de quien la invoca, en este caso de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, acreditar que la demandada, no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que por el contrario acudió a maniobras engañosas o documentos falsos, para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales, con el fin de obtener el reconocimiento prestacional».

En ese orden de ideas, cabe señalar que el concepto de buena fe, exigible tanto de los particulares como de las autoridades públicas, se entiende como la necesidad de que toda conducta activa u omisiva que pueda tener trascendencia jurídica se adelante con entera lealtad, rectitud, honradez e integridad, «[...] conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)” [...]»⁹.

⁸ Sección Segunda, Subsección B, radicado: 25000-23-42-000-2014-03257-01 (4792-2017).

⁹ Sentencia C- 1194 del 3 de diciembre de 2008, Corte Constitucional, expediente D-7379.

Bajo esta intelección, la buena fe, que ha trascendido de principio general del derecho a postulado constitucional, se presume en las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas, sin embargo se trata de una presunción simplemente legal, habida cuenta que admite prueba en contrario, y por ello, le corresponde a quien lo echa de menos, demostrar que el beneficiario incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas, dolosas, con el fin de obtener un derecho del cual no era beneficiario.

Por ello, al tratarse de un error de la administración al conceder un derecho a quien no reunía los requisitos legales bajo las prerrogativas aplicadas, este hecho no puede permitir a la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe¹⁰

Distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares respecto de las conductas de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de las decisiones definitivas que resolvieron la cuestión.

En consecuencia, en cada caso concreto deberá el juez verificar a la luz de las pruebas regularmente aportadas al proceso, si la actitud del interesado en sede administrativa o para los efectos de la consecución del derecho, se aparta de los postulados del principio de la buena fe, y si son determinantes en el resultado final de la actuación.

3. Hechos acreditados

-. El 26 de junio de 2020, la señora Olga Piedad Molina Patiño solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por haber acreditado un total de 1.300 semanas laboradas y tener cumplidos 62 años de edad.

-. A través de la Resolución SUB 146199 del 8 de julio de 2020, Radicado 2020_6179694, Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión por considerar que, la solicitante solo acreditaba 1.296 semanas cotizadas, ya que las 4 semanas correspondientes a abril de 2020, no podían ser tenidas en cuenta en su historia laboral, por corresponder a aportes parciales realizados en virtud del Decreto 558 de 2020.¹¹

-. La señora Olga Piedad Molina Patiño interpuso los recursos contra la decisión anterior, frente a lo cual Colpensiones, mediante Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020, Radicado 2020_7048453, decidió reconocer la pensión de vejez en cuantía de \$1.619.286, efectiva a partir del 1° de octubre de 2020. Para ello interpretó el artículo 5° del Decreto 558 de 2020 y concluyó que, las semanas cotizadas del mes de abril de 2020 sí podían ser tenidas en cuenta dentro de la historia laboral de la afiliada.¹²

-. El 22 de julio de 2021, la señora Molina Patiño realizó el pago faltante de los aportes al sistema general de pensiones para el periodo de abril de 2020, al número de cuenta 5408 “pila recaudo”, por un valor de \$284.400.¹³

4. Análisis sustancial del caso concreto

¹⁰ En este sentido, se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, expediente: 2677-15 y del 29 de junio de 2017, expediente: 4321-2016.

¹¹ Fl. 13-18 A.D. 003

¹² Fl. 19-28 A.D. 003

¹³ Fl. 2, A.D. 013

Colpensiones afirma que, el acto administrativo acusado vulnera de forma directa el artículo 48 de la Constitución Política; artículos 21 y 33 de la Ley 100 de 1993; artículo 2312 del Código Civil; Acuerdo 049 de 1991 aprobada por el Decreto 758 de 1990 en sus artículos 13 y 35, toda vez que, la demandada contaba con 1.296 semanas cotizadas hasta marzo de 2020, ya que las semanas correspondientes a abril de 2020 se registraron por el 3% conforme al Decreto 558 de 2020, el cual no puede tenerse en cuenta en la medida que, la demandada percibe una mesada superior a un salario mínimo.

Al respecto, la Sala encuentra acreditado que en efecto, la demandada hasta marzo de 2020, contaba con 1.296 semanas por el tiempo laborado en el Departamento de Santander y en la Secretaría de Salud Departamental; que los aportes correspondientes a las semanas de abril de 2020 se realizaron por el 3% en virtud del beneficio contemplado en el artículo 3 del Decreto 558 de 2020, según el cual: *“para los periodos de abril y mayo cuyas cotizaciones deben efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020, respectivamente, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes que opten por este alivio pagarán como aporte el 3% de cotización al Sistema General de Pensiones...”*.

Además, mediante Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020 Colpensiones, reconoció la pensión de vejez a la demanda en cuantía de **\$1.619.286**, efectiva a partir del 1° de octubre de 2020, para lo cual interpretó el artículo 5° del Decreto 558 de 2020 y concluyó que, las semanas cotizadas de abril de 2020, sí podían ser tenidas en cuenta dentro de la historia laboral de la afiliada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que la cuantía de la pensión reconocida a la demandada superaba el salario mínimo legal mensual vigente para 2020 -\$877.802-, por lo que, el beneficio señalado en el artículo 5° del Decreto 558 de 2020 no resultaba aplicable, toda vez que en él se indicaba que: *“Las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán tener en cuenta a favor de sus afiliados, las semanas correspondientes a los dos meses cotizados bajo las normas del presente Decreto Legislativo, con el fin de que estas semanas se contabilicen para completar ... las 1300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media...”* (Se resalta)

Esto es, la norma señaló que los aportes parciales realizados para los meses de abril y mayo de 2020, por aquellos afiliados con expectativa de recibir una pensión de vejez equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, se reflejarían en la historia laboral para efectos de completar las semanas que se requieren en el régimen de prima media. Por lo que, los afiliados con expectativa de adquirir una pensión superior -como es el caso de la demandada-, no se verían reflejados en su historia laboral para efectos de completar el número de semanas que se requieren para obtener la pensión.

Ahora bien, el referido Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-258 de 2020 y se ordenó al Gobierno Nacional que, *“adoptara e implementara un mecanismo que, en un plazo razonable, permitiera a empleadores, empleados e independientes, aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los periodos de abril y mayo del año 2000, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto por el Decreto 558 de 2020”*; por ello se expidió el Decreto 376 de 2021, que señaló en el artículo 2.2.3.5.2 que:

*“Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capítulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello **solo hayan aportado el 3%** de la cotización al Sistema General de*

Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo...".

Además contempló en su artículo 2.2.3.5.6, que: *"Para efectos de una prestación de vejez, la historia laboral será actualizada una vez los aportantes paguen la totalidad del valor faltante de la cotización al Sistema General de Pensiones".* (Resalta la Sala)

De la norma transcrita se concluye que, para que puedan ser tenidas en cuenta las cotizaciones correspondientes a abril y mayo de 2000, en los que por virtud del Decreto Legislativo 558 de 2020, tanto empleadores como trabajadores que se acogieron al mismo, solo pagaron el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones, aquellos deben pagar el faltante de esos aportes, so pena de que no puedan tenerse en cuenta esas semanas en el trámite de las pensiones de vejez, así como tampoco se pueda corregir la historia laboral, hasta tanto eso no suceda.

En el caso concreto se evidencia que, el 22 de julio de 2021, esto es, dentro del plazo señalado en el Decreto 376 de 2021, la señora Molina Patiño realizó el pago faltante de los aportes al sistema general de pensiones para el periodo de abril de 2020, al número de cuenta 5408 "pila recaudo", por un valor de \$284.400.

En este sentido, si bien le asiste razón a la accionante cuando afirma que la demandada al momento del reconocimiento de la pensión, no cumplía con el número de semanas cotizadas en tanto, contaba con 1.296 semanas, esto es, le faltaban 4 semanas, ello fue superado con el pago del valor faltante de los aportes al sistema general de pensiones para el periodo de abril de 2020, como lo autorizaba expresamente el artículo 2.2.3.5.2 del Decreto 376 de 2021.

En este sentido, se concluye que, el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandada mediante Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020, se encuentra acorde con el número de semanas efectivamente cotizadas -1.300-. Por lo tanto, no se evidencia un error en el acto demandado.

Aunado a lo anterior, Colpensiones tampoco aduce o aporta prueba que lleve a la certeza de la existencia de mala fe en el actuar de la demandada al momento de solicitar el reconocimiento pensional; lo que Colpensiones aduce es que ella incurrió de interpretación del artículo 5 del Decreto Legislativo 558 de 2020, en el cual para nada intervino la accionada.

Ahora, la simple afirmación consistente en que, la buena fe de la demandada cambió desde el momento en que la entidad le notificó la intención de revocar su propio acto, tampoco permite afirmar que aquella incurrió en conductas deshonestas, fraudulentas o dolosas y que ello lleve a ordenar la devolución de los dineros pagados en exceso.

5. Conclusión

No se desvirtuó la presunción de legalidad de la Resolución SUB 193636 del 11 de septiembre de 2020, proferida por Colpensiones, mediante la cual reconoció el pago de una pensión de vejez a la señora Olga Piedad Molina Patiño, por cuanto, esta se encuentra acorde con el número de semanas efectivamente cotizadas. Además, tampoco se probó la existencia de mala fe en el actuar de la demandada al momento de solicitar el

reconocimiento pensional.

Por lo anterior, no prosperan los argumentos expuestos por Colpensiones en su apelación y en consecuencia se confirmará la decisión que negó sus pretensiones.

6. Costas en esta instancia

Conforme al citado artículo 188 del CPACA, modificado por la Ley 2080 de 2021, según el cual, 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 demandada, 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 23 de junio de 2023 por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Colpensiones contra Olga Piedad Molina Patiño.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-33-003-2021-00202-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 383

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **DIANA CAROLINA FAJARDO BERNAL** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **DIANA**

¹ Ley 1437 de 2011.

CAROLINA FAJARDO BERNAL contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

A.I. 231

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación	17 001 23 31 000 2022 00140 00
Clase:	Protección de Derechos e intereses colectivos
Demandante:	Julián Andrés Molina Loaiza
Demandado:	Municipio de Manizales – Aguas de Manizales S.A. E.S.P. - Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas –.

Procede la Sala a resolver sobre la solicitud de aclaración y adición de la sentencia número 89 de 9 de junio de 2023 proferida dentro del asunto de la referencia.

Antecedentes

Mediante sentencia de 9 de junio de 2023 se profirió sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia, la cual fue notificada por estado electrónico número 099 de 13 de junio de 2023. (Documento 038 del expediente digital).

Mediante correo electrónico del 14 de junio, la apoderada judicial del municipio de Manizales allega memorial solicitando la aclaración y/o complementación de la sentencia proferida, por cuanto *“omitió pronunciarse con relación a la medida cautelar decretada, si se modifica, revoca, deroga o queda incólume”*, y, solicita que se precise que la medida cautelar proferida en este asunto se revoca.

El 09 de agosto pasó el proceso a Despacho para resolver la solicitud presentada, y en la constancia secretarial se dice que la solicitud fue presentada oportunamente dentro del término de ejecutoria de la sentencia.

Consideraciones de la Sala

1. De la procedencia de aclaración y adición de la providencia.

La aclaración de la sentencia se encuentra regida por el Código General del Proceso en su artículo 285, aplicable a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo por expresa remisión del artículo 44 de la Ley 472 de 1998, el cual dispone:

“Artículo 285. Aclaración. *La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración.” (Subraya la Sala).

“Artículo 287. Adición. *Cuando la sentencia omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley deba ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a petición de parte presentada en la misma oportunidad. (...)*” (Subraya la Sala).

De las normas citadas se colige que la aclaración de la providencia procederá cuando ésta, contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de incertidumbre o hesitación; y, la adición será viable cuando se omita mención y consideración sobre cualquier punto sobre el que por ley debió realizarse pronunciamiento expreso.

Solicita expresamente la apoderada del demandado municipio de Manizales que, en virtud que el 21 de junio de 2022 se resolvió decretar una medida cautelar dentro del asunto de la referencia; en la sentencia proferida no se indicó si la medida cautelar se modifica, revoca, deroga o sigue incólume, y solicita se diga expresamente que se revoca la misma.

Al revisar la sentencia de la cual se solicita aclaración y adición se advierte lo siguiente:

Efectivamente, mediante auto número 259 de 21 de junio de 2022 el Despacho resolvió:

“SEXTO: MEDIDA CAUTELAR: De conformidad con el artículo 25 de la ley 478 de 1998, SE ORDENA AL ALCALDE DE MANIZALES para que INMEDIATAMENTE A LA NOTIFICACIÓN DE ESTE AUTO DISPONGA LAS MEDIDAS TÉCNICAS NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS HABITANTES DE LA VIVIENDA UBICADA EN LA CALLE 31 No. 65 A DEL BARRIO GALÁN DE MANIZALES Y DE LAS VIVIENDAS ALEDAÑAS AL TALUD POSTERIOR A LA MISMA, A TRAVÉS DE VERIFICACIÓN DEL ESTADO DEL TALUD, PROTECCIÓN DEL MISMO, MONITOREO E INCLUSIVE SI ES DEL CASO, ORDENANDO LA EVACUACIÓN DE LAS VIVIENDAS. DE LO ANTERIOR DEBERÁ ENVIAR INFORME DEBIDAMENTE DOCUMENTADO AL TRIBUNAL DENTRO DE LOS TRES DÍAS SIGUIENTES A LA NOTIFICACIÓN DE ESTA MEDIDA CAUTELAR.

Lo anterior, toda vez que dentro de los anexos presentado por el accionante, se aportó el INFORME DE REVISIÓN AL PREDIO por parte de la Alcaldía de Manizales en el cual consta que existe riesgo inminente de deslizamiento. Sumado ello a la fuerte ola invernal por la que atraviesa actualmente la ciudad.

EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA ORDEN LO HARÁ SUJETO A LAS SANCIONES LEGALES.”

Y, en la parte resolutive de la sentencia proferida el 9 de junio de 2023 se falló:

“Primero: Declarar no probada la excepción de Falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Manizales y Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Segundo: Declarar prósperas las excepciones de “Inexistencia del nexo causal” e “Inexistencia de violación a los derechos colectivos por parte de aguas de Manizales S.A. E.S.P.”, propuestas por la empresa Aguas de Manizales S.A. E.S.P.

Tercero: Declarar probadas las excepciones propuestas por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, de “Ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la corporación autónoma y regional de caldas - CORPOCALDAS-, en atención a su órbita de competencia”, y la “Falta de competencia por parte de la corporación autónoma y regional de caldas - CORPOCALDAS-, para la imposición de comparendos ambientales”.

Cuarto: Declarar imprósperas las excepciones de “Falta de competencia del municipio de Manizales para satisfacer las pretensiones de la presente acción constitucional”; “Inexistencia de prueba de los hechos que constituyen presunta vulneración de derechos colectivos”; “Improcedencia de la acción popular para la satisfacción de intereses individuales”; y la de “Cosa juzgada / agotamiento de jurisdicción”, propuestas por el municipio de Manizales.

Quinto: Declárase la violación de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, por parte del municipio de Manizales.

Sexto: Ordénase la protección de los derechos colectivos a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y, la realización de la construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; para lo cual el municipio de Manizales deberá efectuar las siguientes actuaciones:

Séptimo: La alcaldía de Manizales, en virtud de sus obligaciones en materia de prevención del riesgo, deberá emprender las actuaciones administrativas y de Policía necesarias para la salvaguarda del derecho colectivo a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; y garantizando igualmente que las construcciones, edificaciones y desarrollo urbanos respeten las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes. concretamente las acciones encaminadas a establecer si existen ocupaciones ilegales, y construcciones que pongan en riesgo la ladera; así como, adelantar los procesos policivos necesarios para restablecer el orden jurídico evitando el uso indebido del suelo, y de las aguas lluvia y de escorrentía; medidas dentro de las cuales está adelantar procesos policivos por ocupación, y los que considere pertinentes.

Realizar monitoreo constante para garantizar que la zona de ladera en la que se ubica el inmueble objeto de discusión, ubicado en la calle 31 con carrera 65ª, tenga un adecuado manejo de ladera, prevención y adopción de las medidas necesarias para controlar la ocupación de los asentamientos

humanos, y garantizar el buen uso del suelo y el adecuado manejo de aguas de escorrentía y aguas lluvia el indebido uso que ellos hacen del suelo y de las aguas de escorrentía y aguas lluvia.

Octavo: Para adelantar las anteriores actividades, la entidad tendrá el plazo máximo de seis (6) meses, a partir de la notificación de esta sentencia.

Noveno: Negar las demás pretensiones de los demandantes.

Décimo: Sin condena en costas

Décimo primero: Ejecutoriada esta providencia Archívense las diligencias previas las anotaciones respectivas en el Sistema Justicia XXI.”

De acuerdo con las normas en cita sobre la aclaración y adición de providencias, esta Sala no encuentra mérito para acceder a la aclaración o adición del fallo, al no configurarse los presupuestos de los artículos 285 y 287 del Código General del Proceso, pues como se observa de la norma transcrita, la aclaración de la providencia procede cuanto contenga conceptos o frases que ofrezcan motivos de duda, siempre que su contenido influya en la parte resolutive de la sentencia; no siendo este caso, pues no se hace alusión de manera precisa a cuál es la frase, palabra o párrafo que ofrece dudas al municipio demandado.

En cuanto a la adición de la sentencia, ésta procede cuando en esta se ha dejado de resolver cualquiera de los extremos de la *litis*, o de cualquier otro punto que de acuerdo con la Ley deba ser objeto de pronunciamiento, lo cual tampoco ocurre, pues en la providencia proferida el 9 de junio de 2023, se estudiaron las razones aducidas tanto por la parte demandante como por las entidades demandadas, se precisaron las órdenes que debía cumplir de manera clara el municipio de Manizales, y, se resolvió sobre todos los extremos de la *litis*, por lo que resulta improcedente realizar algún otro pronunciamiento por fuera de lo ya decidido.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 229 del CPACA aplicable por expresa disposición del artículo 44 de la ley 472 de 1998, referente a las medidas cautelares, tienen como finalidad la de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Ahora, si bien es cierto que en la sentencia no hubo pronunciamiento sobre la medida cautelar decretada, lo cierto es que de conformidad con lo reglado en el artículo 34 de la ley 472 de 1998, la sentencia que acoja las pretensiones del demandante de una acción popular, dispondrá sobre las ordenes de hacer o no hacer etc., los plazos en que debe ejecutarse o cumplirse las ordenes, de acuerdo con el alcance de las determinaciones, dentro del cual debe iniciarse el cumplimiento de la providencia y posteriormente culminar su ejecución. En dicho término el juez conserva la competencia para tomar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia.

Por lo expuesto,

Resuelve

Primero: Negar la solicitud de aclaración y adición solicitadas por el municipio de Manizales, frente a la sentencia número 89 de 29 de junio de 2023 dentro del medio de control de reparación de perjuicios causados a un grupo interpuesto por el señor **Julián Andrés Molina Loaiza** contra el **Municipio de Manizales- Aguas de Manizales S.A. E.S.P. - Corporación Autónoma Regional de Caldas - Corpocaldas –** .

Segundo: Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA.

Tercero: Ejecutoriada la presente providencia, continúese con el trámite correspondiente previas las anotaciones en el sistema Justicia XXI.

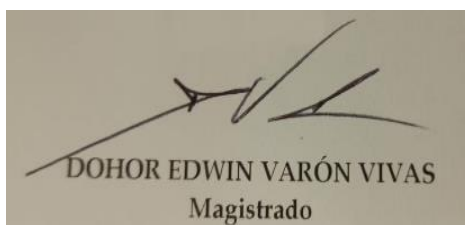
Notifíquese y cúmplase,

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

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'F' and 'A' followed by 'lvarez Beltrán'.

Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, featuring a stylized 'D' and 'V' followed by 'ohor Edwin Varón Vivas'.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, featuring a stylized 'A' and 'M' followed by 'ugusto Morales Valencia'.

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. 189

Manizales, veinticinco (25) agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17-001-33-33-002-2022-00011-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Enith Ramírez Riaño
Demandado: Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio - FNPSM

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demandante.

I. Antecedentes

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Se solicita en síntesis, se declare la nulidad de la Resolución 006 del 5 de enero de 2022, a través de la cual se negó el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional, y en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión ordinaria de jubilación a partir del 31 de diciembre de 2019, incluyendo los factores salariales devengados durante los 12 meses anteriores al momento de adquisición del status jurídico de pensionada y los reconocidos a través de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 3 de julio de 2014; también la bonificación pedagógica según Decreto 2354 del 19 de diciembre de 2018, a partir del 31 de diciembre de 2019 y por último reintegrar la prima de navidad y la prima de vacaciones como factores salariales, ordenados mediante sentencia judicial y reconocidas en la Resolución 262 del 23 de julio de 2020, y se condene a la demandada a que, sobre el monto inicial de la pensión reconocida, aplique reajustes de la ley para cada año.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, la demandante laboró más de veinte años al servicio de la docencia oficial y cumplió con los requisitos establecidos en la ley, por lo que le fue reconocida su pensión de jubilación a través de la Resolución 00604 del 22 de agosto de 2013, a partir del 16 de octubre de 2012. Que la base de liquidación pensional incluyó solo la asignación básica, omitiendo la prima de navidad y prima de vacaciones.

Mediante fallo proferido por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales en el proceso 2015-00271, se ordenó ajustar la pensión antes mencionada, incluyendo como factores la prima de navidad y prima de vacaciones; que a través de la Resolución 262 del 23 de julio de 2020 fue reajustada la pensión, cumpliendo con el fallo mencionado. Posteriormente, a

través de sentencia proferida el 3 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Caldas, fue reconocido al demandante bonificación por servicios prestados a partir del 8 de septiembre de 2005.

Que el 31 de diciembre de 2019, la demandante solicitó la reliquidación de la pensión por retiro definitivo, a partir del 31 de diciembre de 2019. Mediante Resolución 191 del 7 de abril de 2021 le fue reliquidada su pensión, incluyendo solamente la asignación básica y bonificación mensual como factores salariales.

Que mediante Resolución 006 del 5 de enero de 2022, la demandada negó la solicitud de reliquidación de la pensión frente a los factores de prima de navidad, prima de vacaciones, la bonificación por servicios prestados y bonificación pedagógica.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Indicó como vulnerados los artículos 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 1º Ley 33 de 1985 Ley 62 de 1985 y Decreto 1045 de 1978. Señaló que, con las pruebas que se aportan queda demostrado que la demandante devengó la bonificación por servicios; que revisada la Resolución 2950 del 17 de mayo de 2019 se constata que la administración cumplió con el pago del retroactivo de dicha bonificación y se descontó para los aportes de ley correspondiente, así las cosas, queda absolutamente claro que la pensión de jubilación se debió liquidar con la inclusión de la bonificación por servicios prestados.

Agregó que la bonificación pedagógica constituye factor salarial, conforme se regula en el artículo 3 del Decreto 2354 de 2018 y la obligatoriedad de las entidades en efectuar los aportes de los factores enlistados en la Ley.

2. Pronunciamiento de la entidad demandada

La Nación-Ministerio de Educación-Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, no contestó la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* **accedió** a las pretensiones de la demandante, por lo que, declaró la nulidad de la Resolución 006 del 5 de enero de 2022 y condenó a la demandada a reliquidar y pagar en favor de la demandante los ajustes económicos a su pensión de jubilación, tomando en cuenta el 75% del promedio de: *la asignación básica; prima de navidad; prima de vacaciones; bonificación por servicios, bonificación mensual; y bonificación pedagógica*, devengados en el último año de servicios, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, con efectos fiscales a partir de dicha fecha.

Como fundamento de su decisión señaló que, hay lugar al reconocimiento del derecho legalmente consagrado en favor de la demandante, a quien al liquidársele la pensión de jubilación solo se le tuvo en cuenta algunos factores de los consagrados en la Ley 62 de 1985, por lo que tiene derecho a que se le reliquide su pensión con base en el 75% de lo devengado durante el año de adquisición del estatus pensional, incluyendo además de los factores reconocidos en la respectiva resolución, la bonificación por servicios prestados que fue reconocida en la sentencia del Tribunal Administrativo de Caldas y prima de navidad; prima de vacaciones; y bonificación pedagógica, y sobre los cuales se debieron haber efectuado los respectivos aportes.

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales solicitó revocar la sentencia y negar las pretensiones de la parte demandante, fundamentado en extractos de la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de abril de 2019¹.

Argumentó además que, no le asiste a la docente el derecho a incluirse en su liquidación pensional la prima de navidad, prima de vacaciones, bonificación por servicios y la bonificación pedagógica, teniendo en cuenta que no hacen parte de los factores enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, el asunto se centra en establecer: *-¿Es procedente reliquidar la pensión de jubilación de la demandante, teniendo en cuenta además, la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, prima de vacaciones y la bonificación pedagógica?*

Para dar respuesta al interrogante planteado, se abordarán los siguientes aspectos: i) hechos probados; ii) régimen pensional aplicable; iii) ingreso base de liquidación y factores salariales a incluir en la pensión de jubilación de docentes; y iv) el caso concreto.

2. Lo probado en el proceso

- A través de la Resolución 604 del 22 de agosto de 2013, la Secretaria de Educación de Manizales en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales, reconoció la pensión vitalicia de jubilación a la demandante, efectiva a partir del 17 de octubre de 2012.²

- En sentencia proferida el 3 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo de Caldas³, en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la señora María Enith Ramírez Riaño contra la Nación – Ministerio de Educación – Fomag, con radicado 17001-33-31-002-2009-00548-, se dispuso: *“A título de restablecimiento del derecho se ordena al ente territorial accionado a pagar a la parte demandante la **prima de servicio** y la **bonificación por servicio** que se causaron en su favor con posterioridad al 8 de septiembre de 2005.”*⁴ (se destaca)

- Mediante Resolución 2439 del 31 de diciembre de 2016 la Secretaria de Educación de Manizales en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales resolvió: *“Autorizar a la Tesorería del Municipio de Manizales en el cumplimiento de la sentencias judiciales, proferidas en segunda instancia por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Caldas...”*⁵.

- Mediante Resolución 262 del 3 de julio de 2020 la Secretaria de Educación de Manizales en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones

¹ SUJ-014

² Fl. 27-28 A.D. 01C1Folios1A58.pdf

³ Mediante la cual se revocó fallo del 18 de marzo de 2013 proferido por el Juzgado 5 Administrativo de Descongestión,

⁴ Pág. 49-53 AD “05”

⁵ Pág. 67-81 Ibidem.

Sociales resolvió: “...Reconocer y pagar MARIA ENITH RAMIREZ RIAÑO (...) el Ajuste a la Pensión de Jubilación Cuota Parte con una mesada de \$1.871.258 a partir de fecha de status 15-10-2012 y fecha de efectividad 17-10-2012 en cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 30-06-2016”, acto en el cual se incluyeron como factores salariales para efectos de la liquidación pensional: la asignación básica, la **prima de vacaciones y la prima de navidad**⁶; lo anterior fundamentado en lo siguiente:

“(...) Que el despacho del Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 30-06-2016 emitió sentencia en el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho y falla:

“ ... DECLÁRESE la nulidad parcial de la Resolución No. 604 del 22-08-2013, expedida por la Secretaría de Educación del Municipio de Manizales, por las razones expuesta en la presente providencia.

*Como consecuencia de tal nulidad, a título del restablecimiento del derecho, se ORDENA a la NACION - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reliquidar (ajustar) la pensión de las (sic) demandante con las (sic) inclusión de factores salariales faltantes, devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional (**prima de vacaciones y prima de navidad**), a partir del 17-10-2012”. (Se destaca)*

- Mediante Resolución 191 del 7 de abril de 2021 la Secretaria de Educación de Manizales en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales resolvió: “...Reconocer y pagar al (la) señor (a) MARIA ENITH RAMIREZ RIAÑO (...) por concepto de RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR CUOTAS PARTE, la suma de \$3.028.192 a partir del día siguiente del retiro definitivo del servicio que se realizó el 31-12-2019, siendo el 31-12-2019 la fecha de efectividad”, acto en la cual se incluyeron como factores salariales para efectos de la liquidación pensional: la asignación básica y la bonificación mensual.⁷

- A través de la Resolución 006 del 5 de enero de 2022 la Secretaria de Educación de Manizales negó incluir: la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad y la prima de vacaciones, como factores salariales para el cálculo del IBL de la pensión⁸.

- Según certificado de factores devengados en el ultimo año, la demandante percibió: “asignación básica, prima de servicios, bonificación mensual, prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones docentes y bonificación por servicios”; adicionalmente, según el mismo certificado la demandante devengó en 2018 la bonificación pedagógica.⁹

3. Fundamento jurídico

3.1. Régimen pensional aplicable

El artículo 81 de la Ley 812 de 2003, respecto del régimen prestacional aplicable a los docentes, contempló dos eventos:

i) Para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.

⁶ Pág. 4-9 Ibidem.

⁷ Pág. 10-11 Ibidem.

⁸ Fl. 73-74 Ibidem.

⁹ Pág. 13-14 ibidem.

ii) Para los docentes que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

En el presente asunto, de conformidad con la resolución de reconocimiento pensional, la demandante se vinculó al servicio público educativo oficial con anterioridad a la Ley 812 de 2003, por lo tanto, le son aplicables en materia pensional las normas que regían con anterioridad.

Dicha normatividad corresponde a la Ley 91 de 1989¹⁰ que unificó para los docentes nacionales y nacionalizados el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional, contenido en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año.

Además, la Ley 60 de 1993¹¹ dispuso que el régimen aplicable a los docentes nacionales y nacionalizados que se incorporen a las plantas departamentales o distritales sin solución de continuidad y a las nuevas vinculaciones, sería el referido en la Ley 91 de 1989. Así mismo, la Ley 115 de 1994¹², en la parte final del inciso 1º del artículo 115, remitió al régimen prestacional establecido para los educadores estatales en las Leyes 91 de 1989 y 60 de 1993.

Lo anterior indica que las normas a aplicar en el caso bajo estudio son la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 del mismo año, es decir, el régimen general de prestaciones sociales del sector público.

3.2. Ingreso base de liquidación pensional

La Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de dicha anualidad en el artículo 1º, señaló que: *“El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...)”*.

Y el artículo 3º ibidem dispuso:

“(...) Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en jornada de descanso obligatorio.

En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes...”

La Sección Segunda de la Alta Corporación, en sentencia de unificación del 4 de agosto de

¹⁰ “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”

¹¹ “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

¹² “Por la cual se expide la ley general de educación”.

2010, consideró que el artículo 3 de la Ley 33 de 1985 no señalaba en forma taxativa los factores salariales que conforman la base de liquidación pensional, sino que los mismos estaban simplemente enunciados y, por ende, para establecer la cuantía de las pensiones de los servidores públicos debían incluirse todos los factores percibidos de manera habitual, como contraprestación por sus servicios.

Sin embargo, esta posición como ya se dijo, fue revaluada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de unificación¹³, en la cual fijó la siguiente regla jurisprudencial: *“El Ingreso Base de Liquidación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace parte del régimen de transición para aquellas personas beneficiarias del mismo que se pensionen con los requisitos de edad, tiempo y tasa de reemplazo del régimen general de pensiones previsto en la Ley 33 de 1985”*.

El Consejo de Estado en esta nueva oportunidad consideró que, la tesis adoptada en la referida sentencia de unificación de la Sección Segunda, proferida el 4 de agosto de 2010, va en contravía del principio de solidaridad en materia de seguridad social: *“dicho criterio interpretativo traspasa la voluntad del legislador, el que, por virtud de su libertad de configuración enlistó los factores que conforman la base de liquidación pensional y a ellos es que se debe limitar dicha base.”* (Subraya la sala).

Así, en la mencionada sentencia se precisó que los factores salariales que se deben incluir en el IBL para la pensión de vejez de los servidores públicos beneficiarios de la transición son únicamente aquellos sobre los que se hayan efectuado los aportes o cotizaciones al Sistema de Pensiones.

Fundó la nueva tesis en el artículo 1 de la Constitución Política que consagra la solidaridad como uno de los principios fundamentales del Estado Social de Derecho, en concordancia con el artículo 48 que define la Seguridad Social como *“un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”*.

Agregó que *“la interpretación de la norma que más se ajusta al artículo 48 constitucional es aquella según la cual en el régimen general de pensiones, previsto en la Ley 33 de 1985, sólo los factores sobre los que se haya realizado el aporte o cotización pueden incluirse como elemento salarial en la liquidación de la mesada pensional.”*

Y concluyó que, el tomar en cuenta sólo los factores sobre los que se han efectuado los aportes, no afectan las finanzas del sistema ni pone en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de habitantes del territorio colombiano, cuya asegurabilidad debe garantizar el Estado, en acatamiento de los principios constitucionales de universalidad y eficiencia.

Indica que, con esta interpretación *“(i) se garantiza que la pensión de los beneficiarios de la transición se liquide conforme a los factores sobre los cuales se ha cotizado; (ii) se respeta la debida correspondencia que en un sistema de contribución bipartita debe existir entre lo aportado y lo que el sistema retorna al afiliado y (iii) se asegura la viabilidad financiera del sistema.”*

Adicionalmente, El H. Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019¹⁴ precisó:

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia del 28 de agosto de 2018. Exp. 2012-00143-01.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia SUJ-014 -CE-S2 -2019. 25 de abril de 2019. Expediente: 680012333000201500569-01, N° Interno: 0935-2017

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

De acuerdo con el párrafo transitorio 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, son dos los regímenes prestacionales que regulan el derecho a la pensión de jubilación y/o vejez para los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial. La aplicación de cada uno de estos regímenes está condicionada a la fecha de ingreso o vinculación al servicio educativo oficial de cada docente, así:

*a. En la liquidación de la pensión ordinaria de jubilación de los docentes vinculados antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, que gozan del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional previsto en la Ley 33 de 1985, los factores que se deben tener en cuenta **son solo aquellos sobre los que se hayan efectuado los respectivos aportes de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, y por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a los enlistados en el mencionado artículo.***

b. Los docentes vinculados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, les aplica el régimen pensional de prima media establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en dicho régimen, con excepción de la edad que será de 57 años para hombres y mujeres. Los factores que se deben incluir en el ingreso base de liquidación son los previstos en el Decreto 1158 de 1994 sobre los que se efectuaron las respectivas cotizaciones”. (Se resalta)

3.3. Aplicación en el tiempo de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019

El Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación, en cuanto a sus efectos, precisó que:

“Como se dijo en la sentencia de unificación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 28 de agosto de 2018, “La Corte Constitucional, en sentencia C-816 de 2011, estableció que las decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -autoridades de cierre de las correspondientes jurisdicciones- y la Corte Constitucional - como guardiana de la Constitución -, tienen valor vinculante por emanar de órganos diseñados para la unificación de la jurisprudencia, y en virtud de los principios de igualdad, buena fe y seguridad jurídica previstos en los artículos 13 y 83 de la Constitución Política¹⁵. Por lo tanto, su contenido y la regla o norma jurídica que exponen, tienen características de permanencia, identidad y carácter vinculante y obligatorio”.

“En esta oportunidad y retomando lo indicado la Sala Plena de la Corporación, se acudirá al método de aplicación en forma retrospectiva del precedente, disponiendo para ello, que las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como en vía

¹⁵ La Corte Constitucional ha reconocido la gran responsabilidad que tienen los órganos situados en el vértice de las respectivas especialidades de la rama judicial, puesto que la labor de unificación de la jurisprudencia nacional implica una forma de realización del principio de igualdad. Sentencia T-123/95 citada en la Sentencia T-321/98.

En la sentencia C-179 de 2016 reafirmó dicha tesis al exponer lo siguiente: «[...] la función de unificación jurisprudencial la cumplen en sus diferentes especialidades y en su condición de órganos de cierre, según el Texto Superior, (i) la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales y de examen de validez constitucional de las reformas a la Carta como de las normas con fuerza de ley (CP arts. 86 y 241); (ii) el Consejo de Estado en relación con su rol de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo (CP arts. 236 y 237); y (iii) la Corte Suprema de Justicia en su calidad de tribunal de casación y máxima autoridad de la jurisdicción ordinaria (CP art. 235). [...]»

judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables.

Como se ha dicho, los efectos que se dan a esta decisión garantizan la seguridad jurídica y dan prevalencia a los principios fundamentales de la Seguridad Social, por ello no puede invocarse el principio de igualdad, so pretexto de solicitar la no aplicación de esta sentencia.

No puede entenderse, en principio, que por virtud de esta sentencia de unificación las pensiones que han sido reconocidas o reliquidadas con fundamento en la tesis que sostenía la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de 4 de agosto de 2010, lo fueron con abuso del derecho o fraude a la ley; de manera que si se llegare a interponer un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia que haya reconocido una pensión bajo esa tesis, será el juez, en cada caso, el que defina la prosperidad o no de la causal invocada". (Se resalta)

Por lo tanto, el asunto será analizado bajo las reglas señaladas en la Sentencia de Unificación, tomando en consideración además, que algunos factores salariales fueron reconocidos mediante fallos judiciales ya ejecutoriados.

4. Análisis sustancial del caso concreto

La parte actora reprochó que se hubiera omitido incluir en la liquidación de su pensión, los factores salariales devengados durante los doce meses anteriores al momento de adquisición del estatus jurídico de pensionada y los reconocidos a través de sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 25 de julio de 2014, además de la bonificación por servicios prestados y la bonificación pedagógica.

El *a quo* accedió las pretensiones de la demandante y ordenó incluir: *la bonificación por servicios prestados, la prima de navidad, la prima de vacaciones y la bonificación pedagógica*, además de los factores ya reconocidos -asignación básica y bonificación mensual¹⁶- en la resolución de reliquidación pensional. La entidad demandada apeló la decisión señalando que, sólo se deben tener en cuenta para liquidar la mesada pensional, los factores enlistados en el artículo 1 de la Ley 62 de 1985.

De acuerdo con lo anterior, procede la Sala a analizar la procedencia de incluir los factores deprecados por la parte demandante.

4.1. De la bonificación por servicios prestados

La Sala, conforme a la regla fijada por el Consejo de Estado en materia de ingreso base de liquidación de las pensiones de jubilación de los docentes vinculados antes de la Ley 812 de 2003, encuentra que, los factores que deben tenerse en cuenta son sólo aquellos sobre los que se hubieran efectuado los aportes, esto es, únicamente los señalados expresamente en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, así: *asignación básica mensual, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación cuando fueran factor de salario, dominicales y festivos, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio.*

¹⁶ La bonificación mensual docentes es factor salarial objeto de cotización de acuerdo con el artículo 1º, inciso 2º del Decreto 1566 de 2014 que señala: "La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes". Esta bonificación fue regulada posteriormente por los Decretos 1272 de 2015 y 120 de 2016.

Así, respecto a la bonificación de servicios, el Tribunal Administrativo de Caldas mediante sentencia del 3 de julio de 2014 ordenó el pago de este factor a la demandante a partir del 8 de septiembre de 2005 y dispuso que sobre la misma se efectuaran los descuentos para realizar los “*aportes de ley*”¹⁷. Aunado a lo anterior, se tiene que, mediante Resolución 2439 del 31 de diciembre de 2016 la Secretaria de Educación de Manizales dio cumplimiento a la mencionada sentencia y en ella se indicó el valor de los descuentos sobre el valor reconocido.¹⁸

Por lo anterior, es claro que, la *bonificación por servicios prestados* se encuentra enlistada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, además está demostrado que, sobre ellos la Secretaria de Educación de Manizales, en cumplimiento del fallo proferido por este Tribunal, pagó dicho factor a la demandante a partir del 8 de septiembre de 2005 y que se efectuaron los descuentos para efectos de realizar los aportes al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Por lo tanto, la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con base en el 75% de lo devengado durante el año de adquisición del estatus pensional, incluyendo la *bonificación por servicios prestados*.

4.2. De la prima de navidad y prima de vacaciones

Sobre dichos factores, el *a quo* señaló que si bien los mismos no hacían parte del listado de la Ley 62 de 1985, los mismo fueron reconocidos a través de fallo judicial en firme expedido con anterioridad a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, por lo que había hecho tránsito a cosa juzgado.

Al respecto se indica que, en la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Manizales el 30 de junio de 2016 se ordenó: “... *reliquidar (ajustar) la pensión de las (sic) demandante con las (sic) inclusión de factores salariales faltantes, devengados en el último año de servicios anterior a la adquisición del estatus pensional (**prima de vacaciones y prima de navidad**), a partir del 17-10-2012*”. (Se destaca)

En la Resolución 262 del 3 de julio de 2020 la Secretaria de Educación de Manizales en nombre y representación de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo de Prestaciones Sociales resolvió: “...*Reconocer y pagar MARIA ENITH RAMIREZ RIAÑO (...) el Ajuste a la Pensión de Jubilación Cuota Parte con una mesada de \$1.871.258 a partir de fecha de status 15-10-2012 y fecha de efectividad 17-10-2012 en cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales el 30-06-2016.*” (Se destaca).

En dicho acto, se tuvo en cuenta la prima de navidad y de vacaciones para liquidar la pensión de jubilación de la demandante –factores que no están incluidos en la Ley 62 de 1985¹⁹–, acto de reconocimiento pensional que no puede modificarse en ese aspecto, toda vez que, sobre dichos factores se encuentra configurada la cosa juzgada, ello, por cuanto en la **sentencia de unificación del 25 de abril de 2019 se determinó** que: “...*las reglas jurisprudenciales que se han fijado en este pronunciamiento se acojan de manera obligatoria en todos los casos pendientes de*

¹⁷ Pág. 49-53 AD “05

¹⁸ Pág. 67-81 AD “05”

¹⁹ **ARTÍCULO 1º.** Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.

solución tanto en vía administrativa como en vía judicial a través de acciones ordinarias; salvo los casos en los que ha operado la cosa juzgada que, en virtud del principio de seguridad jurídica, resultan inmodificables”.

De suerte que, al haberse incluidos dichos factores salariales en el IBL de la pensión, con fundamento en un sentencia judicial expedida el 30 de junio de 2016, resulta diáfano concluir -se itera- que se configuró la cosa juzgada frente a ellos y resulta inmodificable, toda vez que esa decisión fue adoptada con anterioridad a la Sentencia de Unificación fijada por el Consejo de Estado.

4.3. De la bonificación pedagógica

El fallo de primera instancia ordenó la inclusión de la bonificación pedagógica en el IBL, fundamentado en que se encuentra prevista en el Decreto 2354 de 2018, como factor salarial que es objeto de cotización para efectos pensionales.

Al respecto, la Sala advierte que, en efecto, la bonificación pedagógica no se encuentra expresamente señalada en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985, sin embargo, el Decreto 2354 de 2018, por el cual se creó el factor salarial mencionado para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, señaló:

ARTÍCULO 2. *Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:*

- 1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*
- 2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*
- 3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.*

ARTÍCULO 3. *Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:*

- 1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.*
- 2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.*
- 3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.*
- 4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.*
- 5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.*

PARÁGRAFO 1. *El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado_(Subrayado fuera de texto).*

Cabe resaltar que, aunque la norma estableció que la bonificación pedagógica constituía factor salarial para todos los efectos legales, también determinó que sería cancelada una sola vez al año; cuando se hubiera laborado un año continuo de servicios; y que el primer pago se haría en diciembre de 2018. Ello significa que para tener derecho a esa bonificación se debieron prestar los servicios durante todo el 2018, ya que diciembre se determinó como el momento de su causación; sin que la norma consignara que se podía pagar de manera proporcional, ni retroactivamente.

Al revisar los factores devengados durante el último año de servicios de la demandante, se encuentra que, la Resolución 191 del 7 de abril de 2021 *“Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de la reliquidación de la pensión de jubilación”*²⁰, consignó que su retiro fue el 31 de diciembre de 2019 y de acuerdo con el certificado de factores salariales 1825-2021, la demandante devengó la bonificación pedagógica durante 2018.²¹

En este punto, se precisa que recientemente el Consejo de Estado, al referirse sobre la bonificación pedagógica como factor salarial para el cálculo del IBL de la pensión y la aplicación de la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, sin perjuicio del acatamiento el criterio unificador de la sentencia de unificación antes mencionada, lo cierto es que de la lectura del mencionado precepto normativo al que hace referencia la providencia bajo estudio, se extrae que, [...] En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes. [...].

Lo anterior permite inferir que tanto la línea jurisprudencial en cita como la norma aplicable a casos como el presente, conlleva la inclusión en el cálculo del IBL, no solo de los enlistados en dicho precepto, sino también todos aquellos conceptos sobre los cuales se hubiese establecido el carácter de factor salarial computable para efectuar aportes. (...)

*Por otro lado, el Decreto 2354 de 2018 creó la denominada bonificación pedagógica efectiva para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual, además, también fue concebida como un factor salarial para efectos de cotizaciones, tal como lo previó el artículo 3º, numeral 4º de la norma en cita.”*²² (se destaca)

Así, advierte la Sala que la bonificación pedagógica pese a no estar señalada de manera expresa en el listado de la Ley 62 de 1985, debe ser incluida en el cálculo del IBL, por disposición del artículo 1º del Decreto 2354 de 2018, siempre y cuando hubiese sido devengada en el último año de servicios, esto es, entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2019, como lo ordenó el *a quo*.

5. Conclusión

De conformidad con la normativa y la jurisprudencia citada y con fundamento en los hechos debidamente acreditados, se concluye que, la demandante tiene derecho a que se le reliquide su pensión de jubilación con base en el 75% de lo devengado durante el año de adquisición del estatus pensional, por cuanto: i) la bonificación por servicios prestados y la bonificación pedagógica son factores salariales expresamente señalados en el artículo 1º de

²⁰ Pág. 10-12 AD“05”

²¹ Pág. 13 AD “05”

²² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de junio de 2023. Proceso radicado No. 25000-23-42-000-2019-01689-01 (1863-2022)

la Ley 62 de 1985 y el Decreto 2354 de 2018, respectivamente y ii) la prima de navidad y prima de vacaciones, fueron reconocidos por sentencia judicial expedida con anterioridad a la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, haciendo tránsito a cosa juzgada, por lo cual esa decisión es inmodificable.

Por lo tanto, no prosperan los argumentos expuestos por la apelante y en consecuencia se confirmará en su integridad la sentencia.

6. Costas en esta instancia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, no se condenará en costas, al no encontrarse acreditada su causación, en la medida en que no hubo intervención activa de las partes en esta instancia.

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

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Enith Ramírez Riaño contra la **Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio**.

Segundo: No se impone condena en costas en esta instancia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, **devolver** el expediente al Juzgado de origen y **hacer** 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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 183

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-002-2022-00022-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Gladys Cardona Botero
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

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 ficto configurado el 28 de octubre del 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 28 de julio de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 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”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN - FOMAG”; “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación*

extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad” e “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”.

2.2. Municipio de Manizales

Se opuso a las pretensiones de la parte demandante, para lo cual señaló que, como lo establece el marco jurídico vigente contenido en la Ley 1071 de 2006, Ley 91 de 1989, el Decreto 2831 de 2005, el Decreto Único Reglamentario del sector Educativo, 1075 de 2015 y el Decreto 1272 de 2018 que lo modifica; el reconocimiento y pago de las acreencias laborales por concepto de Cesantías de los educadores estatales es una carga jurídica que le corresponde a la Nación-Ministerio de Educación Nacional, función que cumple a través de la Cuenta Especial denominada Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyos recursos son administrados por la Sociedad Fiduciaria Fiduprevisora, ante quien las Secretarías de Educación de las entidades territoriales cumplen funciones de simple trámite.

Que, tal como lo evidencia del nombramiento y acta de posesión, el accionante tomó posesión del cargo en 2011, por lo que se encuentra sometido al régimen anualizado de las cesantías, de acuerdo a lo dispuesto por la ley 91 de 1989, aquellos docentes vinculados con posterioridad a la vigencia de esta ley, y conforme a lo dispuesto en la ley 344 de 1996, quienes se incorporen a partir del 01 de enero de 1990, sin lugar a distinción entre docentes nacionales y nacionalizados, se regularán por las normas de los empleados públicos del orden nacional, cuyo sistema de liquidación es anualizado.

Que de las pretensiones del accionante se colige que quiere dar aplicabilidad a la Ley 50 de 1990 frente a la sanción mora de los intereses a las cesantías. Si bien en principio los destinatarios de esta Ley eran los particulares, y posteriormente fueron aplicándose dichas reglas a los servidores públicos del orden nacional y territorial; no se extendió a los docentes, dado que ya se encontraba vigente la Ley 91 d 1989, que creo el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Propuso como excepciones *“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO Y COBRO DE LO NO DEBIDO”; “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”; “ERRÓNEA INTERPRETACIÓN DE LA LEY 50 DE 1990 PARA LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE”; “CUMPLIMIENTO DE LAS DIRECTRICES OTORGADAS POR EL FOMAG A LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN - MUNICIPIO DE MANIZALES PARA EL PROCESO DEMANDADO” Y “PRESCRIPCIÓN”.*

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundadas las excepciones denominadas *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG” e “inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido”,* propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el municipio de Manizales, respectivamente y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que *“El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la*

sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 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 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 consignarlas 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.

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

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. (...).

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, 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”*.

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:

“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”*.

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

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.

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 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.

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

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”. (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 Secretaria 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 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.

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

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”.

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.”

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 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”.

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

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)

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 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

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.

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)

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 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

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

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)

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.

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, \$4.583.978, e intereses a las cesantías por \$528.063, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 28 de julio 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

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

¹⁵ F. 75 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 57-60 Archivo digital: 02

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 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 2019¹⁷, 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>

¹⁷ 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)

Salario: \$1.200.000	Salario: \$1.200.000
Saldo total de cesantías: \$12.000.000	Saldo total de cesantías: \$12.000.000
- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000	- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000
- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): \$400.000	- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6,37% sobre todo el saldo de cesantías): \$840.840

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁸.

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

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Gladys Cardona Botero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-33-002-2022-00025-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 382

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SANDRA MILENA DUQUE CASTAÑO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SANDRA MILENA**

¹ Ley 1437 de 2011.

DUQUE CASTAÑO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 184

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-009-2022-00039-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: John Orlando Pupiales Rosero
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG). Municipio de Manizales

Se decide el recurso de apelación formulado por el 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 ficto configurado el 6 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada ante el municipio de Manizales, el 6 de agosto de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de mérito: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de la liquidación del ente territorial al MEN - FOMAG”; “Imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”, “principio de inescindibilidad” e “indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”.*

2.2. Municipio de Manizales

Guardó silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción de *“imposibilidad de configurarse la consignación extemporánea de las cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”* propuesta por la Nación Ministerio de Educación Nacional -FOMAG, y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que *“El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 consignarlas 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 no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación - Fomag solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

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, 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, 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”*.

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:

“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*

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. (...)."

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.

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 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

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

participación para educación del Sistema General de Participaciones y de los recursos que aporte adicionalmente la Nación en los términos de la Ley 812 de 2003, para lo cual las entidades territoriales deberán reportar a la fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

⁶ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se

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.”

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 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”.

El Consejo de Estado⁸ había considerado que los docentes no están amparados por las

dictan otras disposiciones”.

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

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 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

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.

¹¹ Sentencia SU041/20

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 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).

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)

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.

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

- 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 cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron por cesantías de 2020, \$2.674.451, e Intereses a las cesantías por \$373.898, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El demandante el 6 de agosto 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

5. Análisis del caso concreto

El 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,

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)

¹⁵ F. 22-23 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 04

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, el demandante es docente afiliado 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 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 2019¹⁷, 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

¹⁷ 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)

liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación de la norma para el reconocimiento de los intereses anuales así:

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁸.

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

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, 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 el demandante con fundamento en el principio de favorabilidad.

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por John Orlando Pupiales Rosero contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el municipio de Manizales.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 185

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-002-2022-00046-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Paula Yuliana Mejía Giraldo
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 ficto configurado el 5 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada el 5 de agosto de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 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: *“Caducidad”; “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “inexistencia del deber de la Nación – Mineducación – Fomag, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”; “Imposibilidad fáctica de equiparar la actividad*

operativa -liquidación de la cesantías- realizada por el ente territorial, con la de consignación de la cesantía, para extender las previsiones indemnizatoria de la Ley 50 de 1990”; “régimen especial docente no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad”; “imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”; “procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, y “técnica de distinción (distinguishin) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial o con efectos inter pares”.

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 fundada la excepción de “inexistencia de la obligación”, propuesta por la Nación – Ministerio de Educación Nacional y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que “El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el

régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 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 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 consignarlas 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.

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

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. (...)."

Decreto 1160 de 1947, que indicó que *“para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, comisarios, 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:

“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:

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

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.

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más

tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

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

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

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”.

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."*

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 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 éste".*

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*".

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.

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 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

¹⁰ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. S.V. Alejandro Linares Cantillo, Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo.

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)

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 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

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

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)

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.

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, \$3.688.300, e intereses a las cesantías por \$698.153, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 5 de agosto 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

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

¹⁵ F. 75 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 57-60 Archivo digital: 02

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 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 2019¹⁷, 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</i> <i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i> <i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> <i>- Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u></i>	<i>Salario: \$1.200.000</i> <i>Saldo total de cesantías: \$12.000.000</i> <i>- Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</i> <i>- Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u></i>

¹⁷ 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)

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 1989¹⁸.

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,

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

III. RESUELVE:

PRIMERO: Se **confirma** la sentencia del 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Paula Yuliana Mejía Giraldo contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 186

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-002-2022-00069-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Alba Gladys Castañeda Arcila
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 ficto configurado el 28 de julio del 2021 (sic), frente a la petición presentada el 28 de julio del 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 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: *“indebida representación del demandante”*; *“cobro de lo no debido”*, *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* y *“caducidad”*.

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 fundadas las excepciones denominadas *“cobro de lo no debido”* e *“inexistencia de la obligación”* propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – Fomag y el Departamento de Caldas, respectivamente, y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que *“El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 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 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 consignarlas 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.

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, comisarios, 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

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. (...).

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:

“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.

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

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.

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

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

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

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

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

Artículo 9º. Monto total de aportes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del

presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8° de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

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

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

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

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

⁵ “*Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*”.

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 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*

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”.

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.”

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

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.

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 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”.

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)

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 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 Lucia 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.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

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)

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.

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, \$5.101.415, e intereses a las cesantías por \$612.913, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 28 de julio 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

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 simultáneamente; por un lado la contenida en la Ley 1071 de 2006 referente a la mora por el

¹⁵ F. 75 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 57-60 Archivo digital: 02

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 2019¹⁷, precisó:

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

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

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

¹⁷ 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)

*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 1989¹⁸.*

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 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Alba Gladys Castañeda Arcila contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

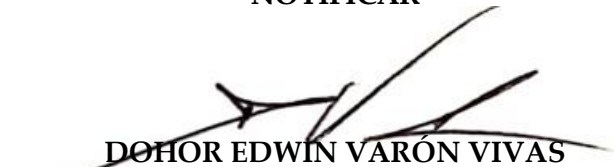
SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-33-004-2022-00072-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 375

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ADRIÁN RÍOS BOTERO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **ADRIÁN RÍOS**

¹ Ley 1437 de 2011.

BOTERO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-33-004-2022-00090-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 376

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **OLGA LUZ LOAIZA RÍOS** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **OLGA LUZ**

¹ Ley 1437 de 2011.

LOAIZA RÍOS contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-33-004-2022-00095-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 378

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JEISON ANDRÉS MARÍN GARCÍA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 4º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JEISON ANDRÉS**

¹ Ley 1437 de 2011.

MARÍN GARCÍA contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00097-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 371

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JOSÉ GABRIEL MUÑOZ GRANADA** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JOSÉ GABRIEL**

¹ Ley 1437 de 2011.

MUÑOZ GRANADA contra la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-33-001-2022-00125-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 379

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ELSA VICTORIA LÓPEZ AGUIRRE** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **ELSA VICTORIA**

¹ Ley 1437 de 2011.

LÓPEZ AGUIRRE contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-39-006-2022-00129-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 372

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SANDRA MILENA GALVIS RAMÍREZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SANDRA MILENA**

¹ Ley 1437 de 2011.

GALVIS RAMÍREZ contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 187

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-002-2022-00133-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luz Alba Muñoz Ceballos
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 ficto configurado el 24 de noviembre del 2021, frente a la petición presentada el 24 de agosto de 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99 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: *“Caducidad”; “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Consignación de intereses a las cesantías pende de remisión de liquidación del ente territorial al FOMAG”; “imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”; “Principio*

de inescindibilidad”; Indebida interpretación de la jurisprudencia relacionada con las cesantías del FOMAG”.

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 fundadas las excepciones denominadas *“imposibilidad fáctica de configurarse la consignación extemporánea de cesantías e intereses a las cesantías en el régimen especial del FOMAG”* e *“inexistencia de la obligación”*, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación Nacional y el Departamento de Caldas, respectivamente y negó las pretensiones de la parte demandante.

Como fundamento de su decisión señaló que, no es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que *“El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 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 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 consignarlas 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.

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*

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. (...)."

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:

“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

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

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 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”.

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 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)

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”.

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.”

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

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.

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 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:

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)

“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 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,

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

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)

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.

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, \$3.989.438, e intereses a las cesantías por \$483.120, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- La demandante el 24 de agosto 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

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.

¹⁵ F. 18 Archivo digital: 02

¹⁶ F. 2-4 Archivo digital: 02

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 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 2019¹⁷, 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>
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo*

¹⁷ 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)

*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 1989¹⁸.*

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 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del

¹⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

derecho promovido por Luz Alba Muñoz Ceballos contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-39-006-2022-00142-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 374

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SONIA MARLENY CASTAÑEDA CAMACHO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **SONIA MARLENY**

¹ Ley 1437 de 2011.

CASTAÑEDA CAMACHO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**
y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 182

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-001-2022-00144-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Luis Alfonso Morales Herrera
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 el 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 oficio NOM-553 del 22 de septiembre de 2021 emitido por el 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.

Adujo que, el régimen ordinario es diferente al de los docentes en relación, enunciando las diferencias entre los fondos privados, el FNA y el Fomag, para resaltar que el que cubre al demandante es exclusivo y obligatorio para el personal docente, resaltando la imposibilidad de dar apertura a cuentas individuales a sus afiliados mientras que, la indemnización por pago tardío establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, es exclusiva para trabajadores particulares.

Con fundamento en lo expuesto, propuso la excepción de: *“Inexistencia de la obligación” y “caducidad”*.

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 infundada la excepción de *“caducidad”* y probada la 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, No es procedente la aplicación de la indemnización establecida en el artículo 1° de la Ley 52 de 1975, dado que, ante la existencia de 2 regímenes diferentes, con causación de intereses distintas, no puede aplicarse parcialmente la norma. La Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006 concluyó con claridad que *“El cargo por vulneración del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar por la sencilla razón de que, no sólo se trata de un régimen especial, que comprende aspectos prestacionales (cesantías y vacaciones) y de seguridad social (pensiones y salud), basado en sus propias reglas, principios e instituciones, sino que además no existe el alegado impago de los intereses a las cesantías; lo que sucede es que, simplemente la manera como se liquidan y pagan aquellos es distinta a la regulada en la Ley 50 de 1990, sin que por ello se configure discriminación alguna”*, razón por la cual, dado que los intereses a las cesantías están regulados de manera más favorable en el régimen especial docente, no procede la aplicación parcial de lo dispuesto en el régimen general establecido en la Ley 52 de 1975.

Además, no es aplicable la sentencia SU-098 de 2018 por no existir identidad fáctica con el caso que ocupa la atención del Juzgado en esta oportunidad, supuesto esencial para la observancia obligatoria de una sentencia de unificación jurisprudencial, de conformidad con el artículo 10 de consuno con el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

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 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 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 no recurrentes

La Nación – Ministerio de Educación - Fomag solicitó confirmar la sentencia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda.

II. Consideraciones

1. Problema jurídico

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

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, 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, comisarios, 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

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. (...).

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:

“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.

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

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

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, sometiénolo 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

⁵ "Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones".

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 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*

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”.

podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste.”

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

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.

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 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”.

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)

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 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 Lucia 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.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

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)

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.

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

- 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 cesantías¹⁵, reportando que, se liquidaron por cesantías de 2020, \$5.099.775, e Intereses a las cesantías por \$359.870, estos últimos fueron consignados el 27 de marzo de 2021.
- El 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-553 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nomina del departamento de Caldas se negó lo solicitado por el demandante.¹⁷

5. Análisis del caso concreto

El 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, el demandante es docente afiliado 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.

¹⁵ F. 22-23 Archivo digital: 04

¹⁶ F. 7-10 Archivo digital: 04

¹⁷ F. 2 Archivo digital: 04

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 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>
Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (12% anual): <u>\$400.000</u>	Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000 - Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías): <u>\$840.840</u>

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo*

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)

*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 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

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, 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 el 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 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del

¹⁹ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

derecho promovido por Luis Alfonso Morales Herrera contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17001-33-39-006-2022-00176-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 373

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CLAUDIA YANETH ARISTIZÁBAL MUÑOZ** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 6º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **CLAUDIA**

¹ Ley 1437 de 2011.

YANETH ARISTIZÁBAL MUÑOZ contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

17001-33-33-001-2022-00178-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 381

Procede el Despacho a decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **CARLOS ENRIQUE SERRANO QUICENO** contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

Realizado el examen preliminar conforme al artículo 325 del Código General del Proceso, se halla que la providencia motivo de la impugnación está suscrita por el juez, sin que se detecte causal de nulidad que amerite medida de saneamiento alguna.

Por razón de lo anterior, y ser procedente, con fundamento en el artículo 247 numeral 3 del C/CA¹, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, habrá de admitirse el recurso de segundo grado.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ADMÍTESE el recurso de apelación interpuesto y sustentado en forma oportuna por la **parte demandante**, contra la sentencia emanada del Juzgado 9º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **CARLOS ENRIQUE**

¹ Ley 1437 de 2011.

SERRANO QUICENO contra la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

De conformidad con lo previsto en el artículo 247 numeral 6 del C/CA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, el Ministerio Público podrá presentar su concepto de mérito hasta antes de que el proceso ingrese a despacho para proferir sentencia.

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

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado Ponente

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA TERCERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Sentencia No. 190

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 17001-33-33-003-2022-00223-02
Naturaleza: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: María Cristina Valencia Montoya
Demandado: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FNPSM o FOMAG) y el departamento de Caldas

Se decide el recurso de apelación formulado por la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra la sentencia que accedió a las pretensiones de la parte actora.

I. Antecedentes

1. La Demanda

1.1. Pretensiones

La parte demandante solicita en síntesis, se declare la nulidad del acto ficto configurado con ocasión de la petición del 17 de diciembre de 2021, por medio del cual se resolvió de forma negativa la solicitud de reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de cesantías y en consecuencia se declare que tiene derecho a dicho pago y se ordene a la Nación – Ministerio de Educación Nacional pagar el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las cesantías.

1.2. Sustento fáctico relevante

Se relata que, el 3 de junio de 2021 solicitó el reconocimiento y pago de la cesantía, y que esta prestación le fue reconocida por medio de la Resolución 2930-6 del 21 de junio de 2021 y pagada el 17 de diciembre de 2021. Sostiene que la entidad contaba con 70 días desde la solicitud para reconocer y pagar las cesantías de la accionante.

Que después de haber solicitado la cancelación a la entidad convocada, esta resolvió negativamente la petición.

1.3. Normas violadas y concepto de trasgresión

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

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

2. Pronunciamiento de los sujetos procesales

2.1. Nación - Ministerio de Educación - Fomag

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, la mora en el pago de las cesantías ocurrió con posterioridad al año 2020, fecha para la cual ya se encontraba vigente la Ley 1955 de 2019, por la cual se expidió el Plan de Desarrollo y en cuyo artículo 57 estableció que el pago de la sanción moratoria causada por pago extemporáneo de las cesantías debe ser asumida por el ente territorial de sus propios recursos. Indicó además que, la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente por ser incompatibles entre ellas.

Propuso como excepciones de fondo, las siguientes: - *"Legalidad de los actos administrativos atacados de nulidad"*; *"Improcedencia de condena por concepto de intereses moratorios e indexación"*; *"Caducidad"*; *"Prescripción"*; *"Falta de legitimación en la causa por pasiva"*; *"Cobro de lo no debido, por moratoria en el año 2020"*; *"Compensación – Deducción de pagos"*.

2.2. Departamento de Caldas

Se opuso a las pretensiones de la demandante. En cuanto a los hechos aseguró que unos son ciertos y que se atiene a lo probado en los demás. Expuso que, cumplió con las funciones delegadas a través del Decreto 2831 de 2005 en el marco de trámite de las cesantías de los docentes oficiales de orden departamental, toda vez que expidió el acto administrativo que reconoció y ordenó el pago de las cesantías del demandante dentro de los términos establecidos en la Ley 1071 de 2006. Que, una vez se profiere el acto administrativo y este queda en firme, el ente territorial ya no tiene injerencia alguna en el trámite de pago de cesantías, por lo tanto, la mora en el pago de la prestación social no se puede endilgar al Departamento de Caldas.

Propuso las excepciones: *"Cumplimiento de términos por parte de la entidad territorial Departamento de Caldas"*; - *"Buena fe"* y *"Prescripción"*.

3. Sentencia de primera instancia

El *a quo* declaró fundada la excepción denominada *"Cumplimiento de términos por parte de la entidad territorial departamento de Caldas"*, formulada por el departamento de Caldas e infundadas las demás y en consecuencia, declaró la nulidad del acto ficto negativo configurado el 17 de marzo de 2022 -originado en la petición presentada el 17 de diciembre de 2021-, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las cesantías.

A título de restablecimiento del derecho, condenó a la Nación – Ministerio de Educación - Fomag a reconocer y pagar a favor de la demandante, la sanción por mora de que trata el parágrafo del artículo 5° de la Ley 1071 de 2006, consistente en un día de salario por cada día de retardo, por el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2021, inclusive, hasta el 20 de octubre de 2021, inclusive, para un total de 31 días; liquidada con base en el salario devengado por la demandante en 2021.

Además dispuso que, la suma total de la sanción moratoria que resulte a favor de la demandante, deberá actualizarse conforme al artículo 187 del CPACA, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula $R = Rh \times \text{Índice Final} / \text{Índice Inicial}$. En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es la suma a que equivale la sanción moratoria causada entre el 21 de septiembre de 2021, inclusive, hasta el 20 de octubre de 2021, inclusive, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el Dane, vigente en la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial, vigente en la fecha en que cesó la mora (21 de octubre de 2021).

4. Recurso de apelación

La Nación – Ministerio de Educación solicitó revocar la sentencia por cuanto no está llamada a reconocer las sumas solicitadas por la parte actora y en todo caso no se prueba que la demora del pago de las cesantías haya sido por su culpa.

Para ello señaló que, si bien es cierto, el ente territorial emitió el acto administrativo dentro del término legalmente establecido en el artículo 4 de la Ley 1071 del 2006, es el responsable de la causación de la mora teniendo en cuenta que, notificó el acto administrativo solo hasta el 21 de junio de 2021, pasando así 07 días, envían el acto administrativo para pago solo hasta el 21 de julio de 2021, pasando así 2 días. Ahora bien, la prestación fue devuelta al ente territorial con -estado NEGADO el 07 de septiembre de 2021, el ente territorial envía nuevamente el acto administrativo para pago solo hasta el 14 de septiembre 2021, pasando así 4 días.

Que dentro la prueba obrante en plenario se tiene que, desde el 21 de octubre de 2021, el pago de las cesantías estuvo a disposición de la demandante, lo que significa que Fiduprevisora efectuó el pago de las cesantías dentro de los plazos establecidos en la Ley 1071 de 2006, esto es, sin incurrir en mora, pues conforme a lo establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la fecha máxima de pago era el 19 de noviembre de 2021.

Que además, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, los recursos del Fomag solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fomag y la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag.

Finalmente señaló que, según lo expresado por la jurisprudencia, debe la sentencia de primera instancia limitarse a condenar al pago de la sanción moratoria a favor del docente, no proceder a reconocer indexación alguna en contra del Fondo, toda vez que esta, la indexación, es incompatible con la penalidad exigida. Al ser una penalidad derivada de una negligencia, no goza de la indexación cuyo espíritu es proteger la remuneración del trabajador de verse disminuida por el transcurso del tiempo.

II. Consideraciones

1. Problemas jurídicos

Atendiendo a los fundamentos de la sentencia recurrida y los argumentos de apelación, se centran en establecer: *¿Qué entidad debe asumir el pago de dicha sanción moratoria? ¿Procede el reconocimiento de la indexación de la sanción moratoria?*

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

2. Marco jurídico - Entidad obligada al pago de la sanción moratoria

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

A su vez, el artículo 56 de la Ley 962 de 2005 señalaba que, las prestaciones sociales de los docentes oficiales serían reconocidas y pagadas por el Fomag, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual en todo caso debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la entidad territorial certificada correspondiente a la que se encuentre vinculado el docente, sin despojar al Fomag de la competencia para reconocer y pagar las prestaciones sociales de los docentes oficiales.

Con fundamento en dichas disposiciones, el Consejo de Estado¹ sostuvo que: *“será el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio quien debe responder por el reconocimiento de la sanción moratoria causada a favor del aquí demandante porque las normas vigentes y aplicables al asunto consagran la responsabilidad a cargo de dicho fondo”*.

El artículo 56 de la Ley 962 de 2005 fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019² y en cuanto al reconocimiento y pago de las cesantías y el responsable del pago de la sanción moratoria, dispuso:

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

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 26 de agosto de 2019, radicación: 68001-23-33-000-2016-00406-01, número interno: 1728-2018, M.P. William Hernández Gómez.

² Por el cual se expide el plan nacional de desarrollo 2018-2022 pacto por Colombia, pacto por la equidad.

Las pensiones que pagará el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio serán reconocidas por el citado Fondo, mediante la aprobación del proyecto de resolución por parte de quien administre el Fondo, el cual debe ser elaborado por el Secretario de Educación de la Entidad Territorial certificada correspondiente, a la que se encuentre vinculado el docente. El acto administrativo de reconocimiento de la pensión se hará mediante resolución que llevará la firma del Secretario de Educación de la entidad territorial.

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

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio sólo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

PARÁGRAFO. *La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.*

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo.*

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención". (Se resalta)

Así, a partir del 25 de mayo de 2019, las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 deben ser reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fomag; en aquellos eventos en que el pago de las cesantías sea extemporáneo, como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag, la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora.

Por su parte, el Decreto 942 de 2022³ dispuso:

³ Por el cual se modifican algunos artículos de la Sección 3, Capítulo 2, Título 4, Parte 4, Libro 2 del Decreto 1075 de 2015 -Único Reglamentario del Sector Educación- sobre el reconocimiento y pago de Prestaciones Económicas

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.25. Gestión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la Entidad Territorial Certificada en Educación deberá gestionar, inmediatamente a través de la plataforma o herramienta tecnológica dispuesta el trámite de pago para que dentro de los términos contenidos en el presente decreto, la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio desembolse las sumas reconocidas.

...

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.28. Sanción moratoria. La Entidad Territorial Certificada en Educación y la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, serán las responsables del pago de la sanción por mora en el pago tardío de las cesantías, en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los términos previstos para cada una de ellas en los artículos 2.4.4.2.3.2.22 y 2.4.4.2.3.2.27 del presente decreto, así como de los términos aplicables para la notificación y la resolución de recursos de acuerdo con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o la norma que lo modifique, adicione o sustituya.

Los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. La sanción moratoria no afectará los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y, en caso de presentarse, su pago será responsabilidad de la entidad que la genere.

PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria.

En el evento en que la sanción por mora resulte imputable a las dos entidades antes enunciadas, ésta deberá calcularse y pagarse de forma proporcional según los días de retraso en el reconocimiento o el pago que corresponda para cada entidad”.

3. Hechos relevantes acreditados

- La actora solicitó el reconocimiento y pago de unas cesantías, el 3 de junio de 2021.⁴
- Mediante Resolución 2930-6 del 21 de junio de 2021, la Secretaría de Educación territorial, en nombre y representación del Fomag, reconoció las cesantías solicitadas por la demandante, siendo notificada vía correo electrónico el 30 de junio siguiente.⁵

a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

⁴ F. 1-3 Archivo digital: 04

⁵ F. 20-22 Archivo digital: 14

- Según certificación de pago de cesantía expedido por el BBVA, estas quedaron a disposición de la accionante desde el 21 de octubre de 2020.⁶
- La actora el 17 de diciembre de 2021 solicitó al Fomag el reconocimiento y pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías⁷.

4. Análisis del caso concreto

De acuerdo con los hechos acreditados se tiene que, la solicitud de pago de cesantías fue radicada el 3 de junio de 2021, por lo que el término para emitir el acto de reconocimiento vencía el 28 de junio de 2021, por tanto, como quiera que este fue expedido el 21 de junio de 2021, se tiene que fue emitido en tiempo.

Ahora, como la notificación fue realizada a través de correo electrónico el 30 de junio siguiente, esto es, al séptimo día hábil de expedición del acto, se tiene que ella fue oportuna, pues se realizó dentro de los 12 días siguientes a la expedición del acto; ello de conformidad con el artículo 56 del CPACA que establece que: “...*La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda a la misma, hecho que deberá ser certificado por la administración*” en concordancia con los artículos 68 y 69 ibidem que establecen el término para que la entidad intentara notificarlo personalmente, esto es, 5 días para citar al peticionario a recibir la notificación, 5 días para esperar que compareciera, 1 para entregarle el aviso, y 1 más para perfeccionar el enteramiento por este medio.

Al respecto el Consejo de Estado en la cita sentencia de unificación del 18 de julio de 2018⁸ indicó:

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

Por lo tanto y como quiera que el docente no interpuesto recursos contra el acto, resulta aplicable la siguiente subregla señalada en la sentencia de unificación⁹:

<i>Hipótesis</i>	<i>Notificación</i>	<i>Corre ejecutoria</i>	<i>Término pago cesantía</i>	<i>Corre moratoria</i>
ACTO ESCRITO EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

Así, los 10 días hábiles de ejecutoria del acto administrativo, vencían el 15 de julio de 2021; y a partir del día hábil siguiente, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contaba con 45 días para materializar el pago de las cesantías, es decir, hasta el 20 de septiembre de 2021, pero este solo se realizó el 21 de octubre de 2021.

⁶ F 4 Archivo digital: 04
⁷ F. 12 Archivo digital: 04
⁸ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018
⁹ Sentencia CE-SUJ-SII-012-2018 del 18 de julio de 2018

Ahora bien, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su defensa señala que, el ente territorial envió el acto administrativo para pago solo hasta el 21 de julio de 2021; al respecto, de acuerdo a la prueba aportada por Secretaría de Educación territorial se tiene que, mediante Oficio P.S. 0515 del 16 de julio de 2021¹⁰, fue remitida la referida resolución de reconocimiento de cesantías de la demandante a la Fiduprevisora; esto es, al día siguiente de la ejecutoria de la resolución, por tanto se concluye que fue remitida oportunamente.

Adicionalmente, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag señala que, la resolución fue devuelta al ente territorial con estado *negado* el 07 de septiembre de 2021, y que el ente territorial envió nuevamente el acto administrativo para pago solo hasta el 14 de septiembre de 2021. Al respecto basta señalar que, de acuerdo a la hoja de revisión del 6 de septiembre de 2021, el motivo de devolución consistió en una discrepancia en cuanto a la fecha de vinculación de la docente, para lo cual se requirió a la Secretaría de Educación para que fuera allegada el acta de posesión y el decreto de nombramiento; esto es, por razones ajenas a la docente; además los referidos documentos fueron remitidos por la Secretaría de Educación a la Fiduprevisora antes de que vencieran los 45 días con que contaba para el pago.

Por lo tanto, la mora en el pago no es imputable ni a la docente ni a la Secretaria de Educación y tampoco es de recibo el argumento de la apelante en cuanto a que, el término de 45 días, establecido en la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, deben contarse a partir de la fecha de envío de dichos documentos por parte de la Secretaria de Educación.

En ese orden de ideas, es claro que, se configuró la mora en el pago de las cesantías, desde el 21 de septiembre de 2021, hasta el 21 de octubre de 2021, la cual es imputable a la Nación - Ministerio de Educación – Fomag, por lo que en este sentido, se confirmará la sentencia apelada.

De otra parte, la Nación - Ministerio de Educación – Fomag en su apelación señala que, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019, los recursos del Fomag solo podrán destinarse para garantizar el pago de las prestaciones económicas, sociales y asistenciales a sus afiliados docentes, pensionados y beneficiarios. No podrá decretarse el pago de indemnizaciones económicas por vía judicial o administrativa con cargo a los recursos del Fomag y la entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaría de Educación territorial al Fomag.

Al respecto, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se excluyó a la Nación - Ministerio de Educación de la obligación del pago de la sanción moratoria; aunado a que, el parágrafo transitorio¹¹ de dicho artículo lo que contempló fue una autorización al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo del Fomag

¹⁰ FI 19 A.D. 14

¹¹ PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente parágrafo. La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”.*

causadas a diciembre de 2019; sin que por esta razón pueda indicarse que, tácitamente se le excluyó de la obligación de pago de la sanción moratoria causada a partir de enero de 2020.

Lo anterior, no es óbice para que la Nación - Ministerio de Educación adelante las acciones pertinentes frente a la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tenor de lo establecido en el parágrafo del artículo 2.4.4.2.3.2.28 del Decreto 942 de 2022 que establece:

“PARÁGRAFO. La entidad territorial será responsable de pagar la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo de la prestación se generó como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En caso de que se presenten demoras en el pago de las cesantías imputables a la sociedad fiduciaria encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que ocasionen sanción moratoria, deberá ser cubierta con el patrimonio de la sociedad fiduciaria”.

Finalmente la apelante señaló que, según lo expresado por la jurisprudencia, la indexación es incompatible con la penalidad exigida, al ser una penalidad derivada de una negligencia, no goza de la indexación cuyo espíritu es proteger la remuneración del trabajador de verse disminuida por el transcurso del tiempo.

Al respecto, en la sentencia apelada se dispuso que, la suma total de la sanción moratoria que resulte a favor de la demandante, deberá actualizarse conforme al artículo 187 del CPACA, para lo cual, la entidad demandada tendrá en cuenta la fórmula citada en la parte motiva de esta providencia.

Lo anterior se encuentra en armonía con la regla de unificación fijada por el Consejo de Estado en la sentencia SUJ 012-S2 de 18 de julio de 2018, en la que se concluyó que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA”, al respecto se indicó:

“Por ello, en juicio de la Sala para justificar la indexación de la sanción por mora en el pago de las cesantías, no es viable acudir al contenido del último inciso del artículo 187 del CPACA, según el cual, «Las condenas al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero se ajustarán tomando como base el índice de precios al consumidor», pues en estricto sentido, la sentencia no reivindica ningún derecho ni obligación insatisfecha, erigiéndose como generadora de un beneficio económico para el demandante cuya única causa fue la demora en el pago de una prestación.

En suma, la naturaleza sancionadora, el cuantioso cómputo sistemático y prolongado en el tiempo sin que implique periodicidad, y la previsión intrínseca del ajuste del salario base con el IPC, indican con toda certeza que la sanción moratoria no puede indexarse a valor presente, razón por la cual, la Sección Segunda del Consejo de Estado sentará jurisprudencia en tal sentido. Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA”. (Se resalta)

A partir de lo anterior, en su parte resolutive se determinó como regla de unificación la siguiente:

“CUARTO: SENTAR JURISPRUDENCIA en la sección segunda del Consejo de Estado para señalar que es improcedente la indexación de la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA”.

En sentencia del 26 de agosto de 2019¹² se aclaró que:

“... es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “(...) Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA. (...)”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia – art. 187 – y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA”.

En consecuencia, al analizar el contenido de la sentencia de primera instancia, la Sala concluye que lo ordenado por el *a quo* no fue la indexación de la sanción moratoria, como tal, sino que al instante de cumplir la providencia, se debía dar aplicación del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 con el objeto de ajustar la condena, orden fundamentada en la referida disposición y en la sentencia de unificación precitada, motivo por el que no tiene vocación de prosperidad el cargo formulado por la parte demandada en el recurso de apelación.

5. Conclusión

La Nación - Ministerio de Educación - Fomag es la entidad obligada a responder por la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías a la demandante, por cuanto, se evidencia una mora generada con posterioridad al reconocimiento y liquidación de las cesantías, lo cual le resulta imputable en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019. Además, lo ordenado por el *a quo* no fue la indexación de la sanción moratoria, como tal, sino que al instante de cumplir la providencia, se debía dar aplicación del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011

Al no prosperar los argumentos expuestos por la entidad demandada en su recurso de apelación, se confirmará la sentencia apelada.

6. Costas en esta instancia

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, en concordancia con los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso – CGP, no se condenará en

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. C.P.: William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Rad.: 68001-23-33-000-2016-00406-01.

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 30 de junio de 2023 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Manizales en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por María Cristina Valencia Montoya contra la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y el departamento de Caldas.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

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. 51 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 Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-008-2023-00002-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Manuela Arias Arias
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por la **Juez Octava Administrativo del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Manuela Arias Arias** contra la **Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidora de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidora de la Rama Judicial.

1. El impedimento

La Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionaria

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepcional normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, la Juez Octava Administrativa declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por la Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle a la funcionaria judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO de la Juez Octava Administrativa del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos

del circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Manuela Arias Arias** contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjuces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

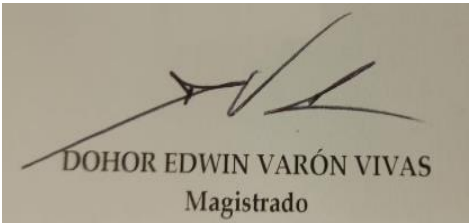
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión 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 de Decisión
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-005-2023-00037-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Carlos Andrés Castaño Páez
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el **Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Carlos Andrés Castaño Páez** contra la **Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidor de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidor de la Rama Judicial.

1. El impedimento

El Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionario

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepcional normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, el Juez Quinto Administrativo declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por el Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO del Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del

circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Carlos Andrés Castaño Páez** contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

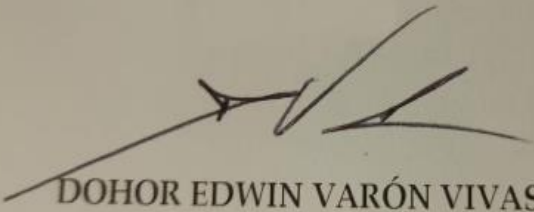
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión 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 de Decisión

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-005-2023-00053-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Kelly Johana Muñoz Giraldo
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el **Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Kelly Johana Muñoz Giraldo** contra la **Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidora de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidora de la Rama Judicial.

1. El impedimento

El Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionario

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepcional normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, el Juez Quinto Administrativo declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por el Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por el Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO del Juez Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de control

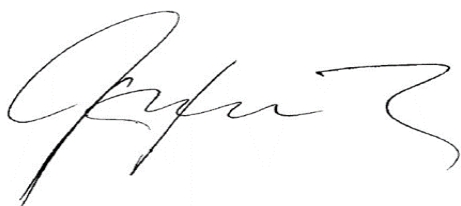
de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Kelly Johana Muñoz Giraldo** contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjuces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

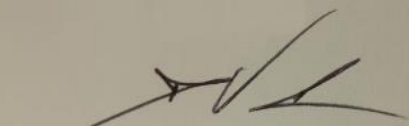
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión celebrada en la fecha.



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 SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 171

Radicado: 17-001-33-33-001-2023-00069-02
Naturaleza: Ejecutivo (contractual)
Ejecutante: Jorge Mario Ospina Piedrahita
Ejecutado: Municipio de Anserma - Caldas

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada contra el auto mediante el cual se decretó una medida cautelar.

1. Antecedentes

1.1. Solicitud de embargo

La parte ejecutante promovió demanda ejecutiva contra el municipio de Anserma, con el fin de que esta entidad efectuase el pago de la factura de venta SESM484 del 06 de octubre de 2021 la cual halla fundamento en el contrato de suministro de combustible CMC-057-2021 suscrito entre el señor Jorge Mario Ospina Piedrahita y el referido ente territorial, factura que asciende a \$ 6.692.926.

Con fundamento en la referida obligación, la ejecutante solicitó decretar la medida cautelar de embargo de los depósitos que a cualquier título tuviese la ejecutada en diferentes instituciones financieras.

1.2. Auto apelado

Mediante auto del 17 de mayo de 2022, el *a quo* decidió “PRIMERO: DECRETAR el embargo de las cuentas que posea el MUNICIPIO DE ANSERMA CALDAS...” y “SEGUNDO: LIMITAR el embargo a la suma de dieciocho millones quinientos nueve mil ochocientos treinta y ocho mil cuarenta y un pesos (\$18.509.838,41)”.

Como sustento de la medida cautelar ordenada el *a quo* advirtió que, la misma se torna procedente de conformidad con el Código General del Proceso aplicable a este trámite dado que, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo “no se dice nada sobre tales medidas”.

1.3. Recurso de apelación

Frente a la referida decisión, la entidad accionada formuló recurso de reposición y en subsidio apelación, manifestando en síntesis que, la orden de embargo se extralimitó en las sumas que ordenó embargar, pues el mandamiento de pago únicamente ordenó

el pago de \$ 6.692.926, correspondiente al capital reclamado por la parte ejecutante, quien en ningún apartado de su demanda ejecutiva deprecó suma alguna por concepto de intereses.

Aunado a lo anterior, advierte que el pago de la referida suma por concepto del capital adeudado al ejecutante fue reconocida mediante Resolución 00-243 del 24 de mayo de 2023, acto que ordenó el pago de la acreencia aquí cobrada con fundamento en el certificado de disponibilidad presupuestal 00658 del 19 de mayo de 2023 por \$6.692.926 y cuyo pago se realizó a través del Banco Davivienda el 24 de mayo de 2023¹.

2. Consideraciones

Encuentra la Sala que, si bien sería del caso entrar a desatar el recurso de apelación formulado por la ejecutada, se advierte una situación formal que impide entrar a desatar el referido recurso, según se pasa a exponer.:

El presente trámite ejecutivo tiene como génesis un crédito de naturaleza contractual en cabeza de una entidad territorial como es el municipio de Anserma, razón por la cual se impone traer a colación los contenidos del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” la cual advierte:

“ARTÍCULO 47. LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL. La conciliación prejudicial **será requisito de procedibilidad de los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios.** La conciliación se tramitará siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos para la de los asuntos contencioso administrativos.

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

Para proteger el patrimonio público, el representante legal del municipio, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República y la territorial con competencia en el municipio de que se trate, **podrá objetar créditos a cargo del municipio cuando a su juicio no esté justificada la causa de la misma o el cumplimiento de las obligaciones que sirvieron como causa de la deuda.** Las acreencias objetadas serán excluidas del acuerdo conciliatorio y el objetante, o **los demás intervinientes en la audiencia, podrán iniciar, dentro de los dos meses siguientes, la acción popular para proteger el derecho colectivo del patrimonio público** en la que se decida la validez de la acreencia. En el proceso que siga dicha acción se podrá decretar, desde el inicio, la suspensión de la ejecutividad del acto en el que conste la obligación, cuando exista prueba siquiera sumaria o indicio que ponga en duda la causa del crédito...”.

Sobre la eventual contradicción entre el artículo en estudio y el 613 del Código General del Proceso² y su posible derogatoria, la Corte Constitucional dijo:

¹ Expediente digital, archivo: “011Recursoreposicionapelacion”, fl. 11.

² «Artículo 613. Audiencia de conciliación extrajudicial en los asuntos contencioso administrativos. ... No será necesario agotar el requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos, cualquiera que sea la jurisdicción en la

*“Concluye la Sala Plena de la Corte Constitucional que el conflicto entre el artículo 47 (parcial) de la Ley 1551 de 2012 y el artículo 613 del Código General del Proceso es tan sólo aparente. El artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, demandado parcialmente, está vigente y es aplicable; **no hay razón para considerarlo derogado**, toda vez que como se anotó se refiere a la conciliación prejudicial, en los procesos ejecutivos que se promueven contra los municipios, y **siendo una norma que regula expresamente la actividad procesal en un asunto, por disposición expresa del artículo 1° de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), debe aplicarse preferentemente a dicho proceso, sin que pueda entenderse que el artículo 613 del Código General del Proceso, la derogó**”.*³ (Se resalta)

Así, la Corte consideró que el artículo 47 está vigente y no fue derogado con la expedición del Código General del Proceso. En particular, por lo dispuesto en el artículo 613 que regula la figura de la conciliación prejudicial en los asuntos contencioso administrativos, en razón de la especialidad de la norma consagrada en el Estatuto Municipal que le otorga aplicación preferente.

Cabe destacar que, si bien la Ley 2220 de 2022 “Por medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones” regló la conciliación en asuntos de lo contencioso administrativo, expresamente en su artículo 93, señaló que la conciliación extrajudicial es facultativa en los procesos ejecutivos, diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, así:

ARTÍCULO 93. *Asuntos en los cuales es facultativo el agotamiento de la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa. Será facultativo agotar la conciliación extrajudicial en materia contencioso administrativa, en los procesos ejecutivos diferentes a los regulados en la Ley 1551 de 2012, o la norma que la modifique o sustituya, en los procesos en que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial, en relación con el medio de control de repetición o cuando quien demande sea una entidad pública, salvo cuando sea obligatorio de acuerdo con el parágrafo del artículo 92 de la presente ley.*

En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida en la ley.

El trámite de la conciliación extrajudicial en asuntos contencioso administrativos no será necesario para efectos de acudir ante tribunales arbitrales encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales.

Como puede observarse como meridiana claridad, el agotamiento de la conciliación prejudicial es un requisito claro de procedibilidad para que se pueda adelantar un **proceso ejecutivo contra un municipio**, requisito que ha sido determinado por el legislador con una finalidad clara de control tanto del ministerio público como de los ciudadanos, respecto de las obligaciones cobradas a los municipios, esto atendiendo a la realidad material de estos, quienes en su gran mayoría cuentan con limitaciones en el manejo de sus recursos, en primer lugar por el gran porcentaje de recursos de su

que se adelanten, como tampoco en los demás procesos en los que el demandante pida medidas cautelares de carácter patrimonial o cuando quien demande sea una entidad pública...”.

³ C-533 de 2013

presupuesto con una destinación legal o constitucional específica, como por el igualmente regulado manejo de sus rentas propias de libre destinación.

Así mismo, el Consejo de Estado ha destacado la importancia de agotar dicha etapa para garantizar la sostenibilidad financiera y presupuestal de los municipios, así:

“En desarrollo del principio de «Economía y Buen Gobierno» que adicionó la misma ley (art. 4, lit. i), el artículo transcrito [47 de la ley 1551 de 2012] estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos que se adelanten contra los municipios. Dicho principio busca eficiencia en la gestión municipal a fin de que se garantice la autosostenibilidad económica y fiscal, y propende por la profesionalización de la administración. El propósito de la norma fue dotar a las administraciones de los entes municipales de una herramienta efectiva y eficaz para lograr su autosostenibilidad financiera. De manera tal que a través de una adecuada gestión y planeación financiera puedan tomar decisiones para conciliar el reconocimiento y pago de las obligaciones objeto de cobro por la vía ejecutiva...”⁴

De acuerdo con lo anterior, el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial en el trámite de procesos ejecutivos en contra de los municipios, corresponde a una exigencia, cuyo cumplimiento no puede ser pasado por el alto por el operador judicial, pues ello conlleva una seria responsabilidad en la autosostenibilidad económica y fiscal del respectivo municipio frente al cual se pretenda una ejecución en sede judicial.

Sobre la consecuencia derivada de la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, el Consejo de Estado ha advertido, en asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho, que ello conlleva a la terminación del proceso, resultado que esta Sala considera igualmente aplicable al presente asunto ejecutivo:

“4.3.6.- Fuerza concluir que el actor debió agotar el requisito de procedibilidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del artículo 166 del CPACA., solicitando ante la Procuraduría General de la Nación la conciliación extrajudicial de manera previa a la presentación de la demanda.

*Como se encuentra acreditado que no cumplió con ese deber procesal **de tipo sustancial**, debe la Sala revocar el auto apelado para **declarar la terminación del proceso...**”⁵.
(Se resalta)*

En providencia del 4 de febrero de 2022⁶, expuso:

“26. En cuanto al supuesto deber de advertir dicha falencia por parte de la Procuraduría y del Tribunal Administrativo del Magdalena al momento de avocar el conocimiento de dichos trámites, debe reiterarse que, al ser la conciliación un trámite previo a la presentación de la demanda, es la parte quien pretende acudir a la jurisdicción

⁴ Sala de Consulta y Servicio Civil, consejero ponente: Álvaro Namén Vargas, 16 de diciembre de 2019, Radicación: 11001-03-06-000-2019-00179-00(2431).

⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P: Guillermo Vargas Ayala, 18 de septiembre de 2014, Radicación: 11001-03-06-000-2019-00179-00(2431).

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección A. C.P: José Roberto Sáchica Méndez, 4 de febrero de 2022, Radicación: 47001-23-33-000-2019-00381-01 (67.499).

contenciosa la que asume la carga de convocar correctamente a todas y cada una de las partes contra quienes va a formular el medio de control que requiera el agotamiento del requisito de procedibilidad...

...

29. De otra parte, tampoco resulta exigible la citada carga al Tribunal Administrativo del Magdalena, dado que, aun cuando hubiese advertido la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de Globalco S.A.S. y Nat Logística S.A.S., al momento de admitir la demanda, ninguna actuación hubiera variado la decisión que hoy se acusa.

...

*31. De manera que se confirmará la decisión del a quo, en cuanto a dar cumplimiento a la reforma introducida por el artículo 38 de la Ley 2080 de 2021, en el parágrafo 2°, inciso 3° del artículo 175 del CPACA, según la cual: “Antes de la audiencia inicial, en la misma oportunidad para decidir las excepciones previas, se **declarará la terminación del proceso cuando se advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad**”.*

Finalmente, se estima necesario precisar que la decisión de declarar la terminación del proceso respecto de las sociedades mencionadas no se traduce en una supuesta transgresión a los derechos de acceso a la administración de justicia, ni en un desconocimiento al principio de la primacía del derecho sustancial sobre lo procesal, pues una de las garantías del debido proceso es adelantar el proceso conforme los presupuestos legales, dado que son normas de orden público y brindan seguridad jurídica a todas las partes comprometidas en el respectivo conflicto, cosa distinta es que, por haber desatendido la carga que impone la referida norma legal, resultara obligatorio aplicar la consecuencia jurídica allí señalada”. (Se resalta)

Así las cosas, con faro en lo anterior, resulta necesario destacar que en el presente asunto no se evidencia que la parte ejecutante hubiese agotado el requisito de procedibilidad establecido en el artículo 47 de la ley 1551 de 2012, situación que no fue objeto de valoración alguna por parte del *a quo*, a pesar de que el presente asunto no se encuentra dentro de la excepción que ha sido establecida a dicho requisito -cobro de acreencias laborales⁷-, lo cual impediría dar trámite al proceso ejecutivo e impondría la obligación de dar por terminado el presente asunto.

Ahora bien, advertido que el auto sometido al conocimiento de este Tribunal en la presente oportunidad se limitó al decreto de una medida cautelar, se dispondrá la revocatoria de dicho auto y se remitirá el expediente al juzgado de origen para que resuelva sobre la terminación del presente asunto ejecutivo, de conformidad a lo previamente señalado, ello en aras de garantizar el derecho a la doble instancia.

Por lo expuesto, se

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto del 17 de mayo de 2023, proferido por el Juzgado Primero Administrativo de Manizales.

⁷ Ver sentencia, C-830 de 2013, H. Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

SEGUNDO: En su lugar, remítase el expediente al despacho de origen para que resuelva sobre la terminación del proceso ejecutivo pro la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

TERCERO: Hágase la notificación correspondiente, previo registro en el Sistema Informático Justicia Siglo XXI; y una vez ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 51 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 Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-33-002-2023-00071-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Alex Fernando Arias Patiño
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por la **Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Alex Fernando Arias Patiño** contra la **Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidor de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidor de la Rama Judicial.

1. El impedimento

La Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionaria

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepcional normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, la Juez Segunda Administrativa declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por la Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO de la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de

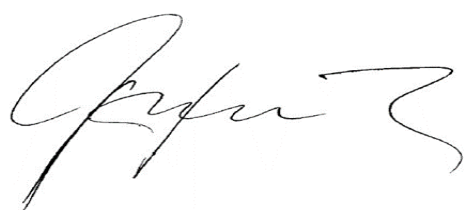
controlde Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Alex Fernando Arias Patiño** contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

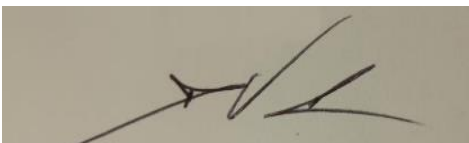
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión 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 de Decisión
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-009-2023-00078-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Jorge Alexis Torres Calderón
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el **Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Jorge Alexis Torres Calderón** contra la **Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidor de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidor de la Rama Judicial.

1. El impedimento

El Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionario

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepcional normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, el Juez Noveno Administrativo declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por el Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO del Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del

circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Jorge Alexis Torres Calderón** contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

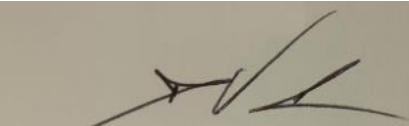
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión 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 de Decisión
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-33-002-2023-00097-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Luz Adriana Murcia Valencia
Demandado:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por la **Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Luz Adriana Murcia Valencia** contra la **Nación- Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devenga como servidora de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 383 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidor de la Rama Judicial.

1. El impedimento

La Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionaria

judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepcional normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, la Juez Segunda Administrativa declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0383 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por la Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, cobija también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO de la Juez Segunda Administrativa del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de

controlde Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Luz Adriana Murcia Valencia** contra la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

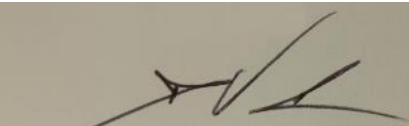
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión celebrada en la fecha.



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 UNITARIA DE DECISIÓN
MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 174

RADICADO: 17-001-23-33-000-2023-00156-00
NATURALEZA: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: JOSÉ NECTOR QUINTERO HIGINIO
DEMANDADOS: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO

ASUNTO

Procede la Sala Unitaria a decidir sobre la admisibilidad de la demanda de la referencia.

ANTECEDENTES

La parte demandante solicita que se declare administrativa y patrimonialmente responsables al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - Inpec, por los perjuicios ocasionados a causa de las lesiones sufridas el 17 de marzo de 2021, al interior de las instalaciones de la entidad y, en consecuencia, se condene al pago de perjuicios morales que estimó en 50 salario mínimo mensuales legales vigentes.

CONSIDERACIONES

Para determinar la competencia por razón de la cuantía, debe tenerse en cuenta lo reglado en el artículo 157 del CPACA, el cual prescribe que:

“Para efectos de la competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ella pueda considerarse la estimación de los perjuicios inmateriales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen.

La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, que tomará en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, causados hasta la presentación de aquella.

Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.

En el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento.

En asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

PARÁGRAFO. Cuando la cuantía esté expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes, se tendrá en cuenta aquel que se encuentre vigente en la fecha de la presentación de la demanda.” (Se resalta)

El artículo 152 del CPACA¹ establece la “**COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos” y en su numeral 5º dispone que se conocerán “De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Así mismo, el numeral sexto del artículo 155 ibidem, establece que será competencia de los jueces administrativos en primera instancia: “De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

CASO CONCRETO

De acuerdo con lo expuesto en la demanda, la única pretensión económica incoada por el demandante, fue estimada en 50 s.m.m.l.v. por concepto de perjuicios morales, valor que, conforme el inciso primero del artículo 157 del CPACA, es el que determina la competencia.

Lo anterior, conlleva a esta Sala Unitaria de Decisión a determinar que carece de competencia para conocer del asunto, en razón a su cuantía, pues esta es inferior a 1.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, suma determinada por el CPACA.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 168 del CPACA, se ordenará la remisión del expediente a la Oficina Judicial para que proceda a su reparto entre los Juzgados Administrativos de Manizales, de conformidad con lo prescrito en el numeral 2º del artículo 155 del CPACA en concordancia con lo prescrito en el referido artículo 168 ibidem.

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Caldas,

I. Resuelve

Primero: Declarar la falta de competencia, por razón de la cuantía de las pretensiones, para avocar el conocimiento de la demanda que en ejercicio del medio de control de reparación directa presenta José Nector Quintero Higinio contra el Inpec.

Segundo: Enviar el expediente a la Oficina Judicial para que proceda a su reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de Manizales como asunto de su competencia.

Notificar


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

¹ Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-009-2023-00214-02
Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Natalia Liseth Ordoñez González, Carlos Augusto Hoyos Santa, Andrea Falla López, Manuel Antonio Arias Echeverri, Walter Vásquez Franco, Jorge Enrique Céspedes, Aleyda Bedoya Aristizábal, Liliana Clemencia Pinilla Amador
Demandado:	Nación – Fiscalía General de la Nación
Asunto:	Impedimento Jueces

Procede la Sala a decidir sobre el impedimento manifestado por el **Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales**, para conocer de la demanda de nulidad y restablecimiento de derecho de carácter laboral presentada por **Natalia Liseth Ordoñez González, Carlos Augusto Hoyos Santa, Andrea Falla López, Manuel Antonio Aruas Echeverri, Walter Vásquez Franco, Jorge Enrique Céspedes, Aleyda Bedoya Aristizábal, Liliana Clemencia Pinilla Amador** contra la **Nación- Fiscalía General de la Nación**; circunstancia que, considera, involucra a sus homólogos de la misma jurisdicción en Caldas.

I. Antecedentes

La parte demandante solicita se declare la nulidad del acto administrativo por medio del cual le fue negado el reconocimiento, liquidación y pago de la bonificación judicial como factor salarial para la liquidación de las prestaciones que devengan como servidores de la entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar la bonificación judicial señalada en el Decreto 382 de 2013 como factor salarial y prestacional para liquidar el salario, con incidencia en los demás emolumentos que fueron percibidos durante su vinculación como servidores de la Fiscalía General de la Nación.

1. El impedimento

El Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales declara su impedimento para conocer del presente asunto, al considerar que está incurso en la causal de impedimento consagrada en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que tiene interés directo en las resultas del proceso, toda vez que en calidad de funcionario judicial, en caso de accederse a las pretensiones de la demanda, tendría derecho, en aplicación del derecho a la igualdad, a que se aplicara la bonificación judicial como factor salarial y prestacional.

Considera que la causal de impedimento, comprende a los demás jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

Es por lo anterior que se ordena la remisión del Expediente al Tribunal Administrativo de Caldas.

II. Consideraciones de la Sala

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

“...El impedimento o la recusación establecidos por la ley como formas excluyentes al ejercicio de la función pública de administrar justicia que un juez tiene en un asunto determinado, constituye una excepción normal desarrollo de esa actividad que le es propia por asignación legal; y como tal, dichas causales tienen carácter restringido, no pueden crearse por las partes o el juez, ni aplicarse por vía analógica...”¹.

De otro lado, y conforme a lo preceptuado en el inciso 1 del artículo 130 de la Ley 1437/11, además de las 4 causales establecidas en dicho precepto legal, los Jueces y Magistrados también deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 141 del Código General del Proceso. En este orden de ideas se tiene que el numeral 1 del Artículo 141 del Código General del Proceso señala:

“Artículo 141. CAUSALES DE RECUSACIÓN. Son causales de recusación las siguientes:

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

¹Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta, febrero 19 de 1993. Auto resuelve solicitud de impedimento en relación con el proceso nro. 0957. Consejero Ponente: Dr. Miguel Viana Patiño.

Los numerales 1 y 2 del artículo 131 del CPACA, relativos al trámite de los impedimentos, establecen que:

“1. El juez administrativo en quien concurra alguna de las causales de que trata el artículo anterior deberá declararse impedido cuando advierta su existencia, expresando los hechos en que se fundamenta, en escrito dirigido al juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no fundado y, de aceptarla, asumirá el conocimiento del asunto; si no, lo devolverá para que aquel continúe con el trámite. Si se trata de juez único, ordenará remitir el expediente al correspondiente tribunal para que decida si el impedimento es fundado, caso en el cual designará el juez ad hoc que lo reemplace. En caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo juez continúe con el asunto.

2. Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces administrativos, pasará al expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto.

...” (Se subraya).

Ahora bien, el Juez Noveno Administrativo declaró su impedimento con base en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, e invocando el artículo 130 del CPACA, lo cual en criterio de esta Sala Plural resulta admisible.

A efectos de resolver lo pertinente, la Sala estima que, los supuestos fácticos que sustentan la declaración de impedimento en el sub examine, claramente se adecúan a la hipótesis normativa contenida en el numeral 1 del artículo 141 del Código General del Proceso, toda vez que plantean una discusión en torno a la bonificación judicial de que trata el Decreto 0382 de 2013, emolumento que, al igual que la parte demandante, también es percibido por el Juez de conocimiento. Luego, es evidente el interés que puede asistirle al funcionario judicial frente a las resultas de dicho proceso y es por ello que, en aras de evitar suspicacias en los usuarios del servicio o en la propia comunidad, se declarará fundado el impedimento y se dispondrá el cumplimiento del trámite legal correspondiente.

En conclusión, la situación planteada por el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, cubre también a los demás Jueces Administrativos de Manizales, lo que sin lugar a dudas lleva a esta Sala a admitir el impedimento y a designar un conjuez para que conozca de la demanda aquí promovida.

Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

Por lo brevemente expuesto, la Sala Segunda del Tribunal Administrativo de Caldas,

III. Resuelve

Primero: Aceptar la declaración de IMPEDIMENTO del Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, el que igualmente cobija a los demás jueces administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la demanda que en el ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho fue impetrada por **Natalia Liseth Ordoñez González, Carlos Augusto Hoyos Santa, Andrea Falla López, Manuel Antonio Arias Echeverri, Walter Vásquez Franco, Jorge Enrique Céspedes, Aleyda Bedoya Aristizábal, Liliana Clemencia Pinilla Amador** contra la Nación – Fiscalía General de la Nación.

Segundo: Al acto procesal de sorteo de conjueces, comparecerá el suscrito Magistrado Sustanciador y la Secretaria de la Corporación.

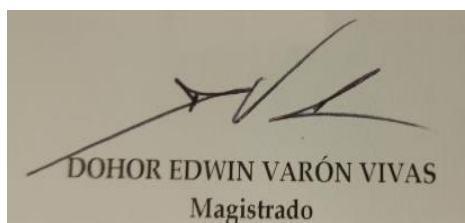
Tercero: Comunicar el presente auto a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, para los fines pertinentes.

Notifíquese.

Discutido y aprobado en Sala Segunda Oral de Decisión celebrada en la fecha.



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 SUSTANCIADOR: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 173

Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento de Derecho.
Radicado: 17-001-33-33-009-2023-00260-02
Demandante: Claudia Marcela Avendaño Torres
Demandado: La Nación – Rama Judicial.

ASUNTO

El Tribunal decide sobre el impedimento manifestado el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, que igualmente comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales.

ANTECEDENTES

La parte demandante en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende que se declare la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se negó el reconocimiento y pago de la Bonificación Judicial, creada por el **Decreto 383** de 2013, como factor salarial para liquidar salario, prestaciones y demás emolumentos que percibe.

El **Juez Noveno de Manizales**, manifestó su impedimento para conocer del asunto fundado en la causal establecida en el numeral 1 del artículo 141 del CGP, aplicable por remisión que hace el artículo 130 del CPACA, toda vez que le asiste un interés directo en el resultado del proceso, dado que en su calidad de juez, así como la de los demás jueces administrativos de este circuito judicial, podrían eventualmente beneficiarse del pronunciamiento que al efecto se disponga por ser destinatarios de la bonificación judicial en calidad de funcionarios de la Rama Judicial.

CONSIDERACIONES

El régimen de impedimentos se fundamenta en la necesidad de preservar la integridad moral del funcionario que reconoce la existencia de situaciones de hecho que pueden comprometer su criterio en la decisión y, de otra parte, constituyen una garantía de imparcialidad y transparencia de la justicia en los juicios que emite en los casos de su conocimiento.

Estudio normativo.

En cuanto a las causales para manifestar el impedimento, el artículo 130 del CPACA prevé como tales para los magistrados y jueces Administrativos, entre otras, las previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso. A su vez, el numeral 1 del artículo 141 del CGP que fundamentó el impedimento que aquí se resuelve, regula:

***Artículo 141.** Son causales de recusación las siguientes:*

[...]

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

[...].

Por su parte el numeral 2 del artículo 131 del CPACA establece:

***Artículo 131** Trámite de los impedimentos. Para el trámite de los impedimentos, cuando se trate de jueces Administrativos el procedimiento es el siguiente:*

[...] Si el juez en quien concurra la causal de impedimento estima que comprende a todos los jueces Administrativos, pasará el expediente al superior expresando los hechos en que se fundamenta. De aceptarse el impedimento, el Tribunal designará conjuez para el conocimiento del asunto [...]

Se configura la causal de impedimento.

Realizadas las anteriores precisiones, el Tribunal declarará fundado el impedimento presentado por el **Juez Noveno** Administrativo de Manizales, que a su vez comprende a todos los Jueces Administrativos del Circuito de Manizales, teniendo en cuenta que le asiste un interés en las resultas del proceso en la medida que tienen el mismo interés salarial perseguido por la parte demande.

En ese sentido, se torna imperativo admitir la separación de aquel en relación con el conocimiento del asunto de la referencia, en aras de garantizar la imparcialidad, objetividad e independencia de la administración de justicia.

En consecuencia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 131 del CPACA y el artículo 30 del Acuerdo 209 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite.

Sin más consideraciones, *el Tribunal Administrativo de Caldas,*

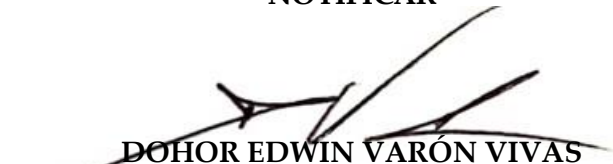
RESUELVE

Primero: Declarar fundado el impedimento manifestado por el **Juez Noveno** Administrativo del Circuito de Manizales, que comprende a todos los jueces Administrativos del circuito de Manizales, para conocer de la presente demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho interpuso **Claudia Marcela Avendaño Torres** contra la Nación – **Rama Judicial**.

Segundo: Fijar como fecha y hora para la elección pública del conjuez que deba actuar en el presente trámite, el día 1 de septiembre de 2023 a las 2:00 de la tarde.

Proyecto discutido y aprobado en Sala Tercera de Decisión realizada en la fecha, según Acta No. 51 de 2023.

NOTIFICAR



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado Ponente



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMON CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

17-001-23-33-000-2023-00304-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª UNITARIA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

A.I. 385

Se pronuncia la Sala Unitaria sobre la reforma a la demanda de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**, presentada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** contra la sociedad **GRUPO SYC S.A.S**, y como llamados en garantía el **CONSORCIO CEYCONTROL** y la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**

ANTECEDENTES

Con el escrito que constituye el documento PDF N°3, impetra el DEPARTAMENTO DE CALDAS se declare que el GRUPO S Y C S.A.S incumplió el contrato de obra N°10062019-0965 celebrado entre ambas partes, cuyo objeto es la ejecución de las obras de intervención de las plantas de beneficio animal de varios municipios de Caldas; así mismo, se ordene la liquidación del acuerdo contractual, indicando que el departamento NO adeuda al contratista la suma de \$ 513'784.798, y en consecuencia, se condene a SYC S.A.S. a pagar al ente territorial las sumas correspondientes al lucro cesante generado por la no entrega de varias plantas de beneficio animal conforme a los requerimientos técnicos del INVIMA, y se condene a la demandada al pago de costas y agencias en derecho.

Actuando de manera oportuna, el DEPARTAMENTO DE CALDAS presentó reforma al libelo introductor, escrito en el cual integró la demanda inicial y su enmienda (PDF N°43).

En dicho memorial, el ente territorial demandante, además de las pretensiones formuladas inicialmente, impetra se reconozcan a su favor las sumas de \$ 2.297'678.069 por concepto de daño emergente, a raíz de la no

entrega de la totalidad de las plantas de beneficio animal, según lo pactado en el contrato. Así mismo, fijó su pretensión de reconocimiento por lucro cesante en la suma de \$ 483'268.057, y adicionó la solicitud de pruebas de la demanda, pidiendo que en el dictamen pericial solicitado se incluya la valoración del daño emergente causado al departamento.

El artículo 173 de la Ley 1437 de 2011, establece sobre la reforma a la demanda:

“El demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

1. La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial.

2. La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan o a las pruebas.

3. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad.

La reforma podrá integrarse en un solo documento con la demanda inicial. Igualmente, el juez podrá disponer que el demandante la integre en un solo documento con la demanda inicial”.

Una vez revisado el escrito presentado por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, el Despacho constata que este cumple los requisitos de ley, en la medida que, (i) su presentación fue oportuna, pues tuvo lugar 5 días antes de vencerse el plazo previsto en el numeral 1 de la norma en mención, según la constancia secretarial visible en el documento digital N° 50; (ii) en la reforma funge como

accionado el grupo SYC S.A.S., quien es el mismo demandado en la demanda inicial, además como se anotó, no hubo sustitución de todas las pretensiones del libelo original, únicamente se adicionaron otras; y (iii) en cuanto al requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, esta no se exige por cuanto la demandante es una entidad pública (art. 161 num. 1, Ley 1437 de 2011, modificado por el art. 34 de la Ley 2080 de 2021).

Por lo anterior, habrá de admitirse la reforma, y se dispondrá darle el trámite previsto en la norma reproducida.

ANOTACIÓN FINAL

Una vez vencido el término de traslado de la reforma a la demanda, el Tribunal se pronunciará sobre la demanda de reconvención formulada por la accionada GRUPO SYC S.A.S., así como el llamamiento en garantía planteado por CEYCONTROL, y resolverá sobre las excepciones propuestas por la accionada y los llamados en garantía.

Por lo expuesto,

RESUELVE

Por reunir los requisitos previstos en el artículo 173 de la Ley 1437 de 2011, **ADMÍTESE** la reforma a la demanda de **CONTROVERSIAS CONTRACTUALES**, presentada por el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** contra la sociedad **GRUPO SYC S.A.S.**, proceso en el que se encuentran como llamados en garantía de la parte demandante el **CONSORCIO CEYCONTROL** y la compañía **MUNDIAL DE SEGUROS S.A.**

NOTIFÍQUESE por estado este proveído.

Teniendo en cuenta que no han sido demandadas nuevas personas, el término de traslado de la reforma será de quince (15) días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 173 numeral 1 de la Ley 1437 de 2011.

RECONÓCESE personería a los siguientes abogados, en los términos de los poderes a ellos conferidos:

- CAROLINA GÓMEZ GONZÁLEZ (C.C. N° 1.088'243.926 y T.P. N° 189.527), como apoderada de la **COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.** (PDF N° 26).
- ALVARO DIAZGRANADOS DE PABLO (C.C. N° 85'154.564 y T.P. N° 206.576), vocero judicial del **CONSORCIO CEYCONTROL** (PDF N° 60).
- La sociedad **E.M.C.A STAFF JURÍDICO S.A.S.**, representada legalmente por la abogada CAROLINA ARIZA ZAPATA, en calidad de representante judicial de la accionada **GRUPO SYC S.A.S** (C.C. N° 32'255.179) (PDF N° 39, págs. 619-650).

NOTIFÍQUESE



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 050

Asunto:	Inadmite demanda
Medio de control:	Protección de los Derechos e Intereses Colectivos
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00154-00
Accionante:	Personería Municipal de Aguadas, Caldas.
Accionado:	Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Empresa para el Desarrollo Territorial -PROYECTA.

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

ANTECEDENTES

El señor Personero Municipal de Aguadas, Caldas, radicó el 15 de agosto de 2023 la demanda de la referencia, fecha en la cual el expediente fue asignado por reparto al suscrito Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas. El 22 del mismo mes y año se remitió el proceso a este Despacho para decidir sobre la admisión del medio de control (archivos 1 a 3, exp. digital).

LA DEMANDA

A través de escrito que obra en el expediente digital, la parte actora radicó demanda a través del medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos contra el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y la Empresa para el Desarrollo Territorial PROYECTA, con el propósito de lograr la protección de los derechos colectivos al goce del espacio público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, por la ausencia de ejecución de la obra de infraestructura vial denominada “*reposición de capa de pavimento del pueblito viejo del Municipio de Aguadas*”, y que según lo expuesto por el actor popular es gerenciada por la Empresa para el Desarrollo Territorial -PROYECTA- con recursos del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.

Como fundamento de la solicitud de protección de los derechos e intereses colectivos afirmó que a causa de la falta de pavimentación del mencionado

tramo vial, los habitantes del sector conocido como calle 17 Alto de la Virgen “Pueblito Viejo” en Aguadas, Caldas, llevan un año y medio con la vía cerrada, sin posibilidad de acceso de ambulancias y vehículos de bomberos, y presenciando filtraciones de aguas lluvias y de escorrentía en los cimientos de las viviendas.

En las pretensiones de la demanda se solicita declarar la vulneración de los derechos colectivos y que se ordene a las entidades demandadas efectuar los trámites necesarios para reanudar el contrato de obra de infraestructura vial denominado “*reposición de capa de pavimento del pueblito viejo del Municipio de Aguadas*”, así como realizar las obras de pavimentación y complementarias anexando un nuevo cronograma con fecha de entrega.

Analizado el escrito de demanda, advierte el Despacho la ausencia de algunos requisitos para la admisión del medio de control propuesto, razón por la cual, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 472 de 1998, y las normas de Ley 1437 de 2011¹, modificada por la Ley 2080 del 25 de enero de 2021, **SE INADMITE** la demanda de la referencia y se le **CONCEDE** a la parte accionante un término de tres (3) días contado a partir de la notificación de esta providencia, para que la corrija en los aspectos que a continuación se indican, so pena de rechazo:

1. Deberá aportar prueba de envío de las solicitudes que debieron remitirse por el actor popular a las autoridades demandadas Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y Empresa para el Desarrollo Territorial PROYECTA, como lo dispone el inciso tercero del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, y de las cuales se desprenda que transcurrieron **15 días** sin que se produjera pronunciamiento frente a las mismas o aportar las respuestas negativas emitidas.

Lo anterior teniendo en cuenta que el mencionado requisito se pretende acreditar con dos oficios expedidos por el Alcalde Municipal de Aguadas, Caldas, de fechas 21 de enero y 15 de marzo de 2023 con destino a la Empresa para el Desarrollo Territorial PROYECTA, en los que se hace referencia al estado del proyecto denominado “*reposición de capa de pavimento del pueblito viejo del Municipio de Aguadas*” y además se da a conocer la realización de obras de acueducto y alcantarillado en el sector objeto de la acción por parte de la entidad territorial, pero no se solicita expresamente la adopción de medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado.

¹ En adelante CPACA.

En efecto, el Despacho advierte que las solicitudes mencionadas no son enviadas por quien actúa como actor popular, no se dirigen al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social y no anuncian la intención de radicar una acción popular por los hechos narrados en la demanda para lograr la protección de los colectivos al goce del espacio público y la realización de construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada.

En criterio del Despacho, con la mencionada petición no se cumple el requisito de procedibilidad contenido en las disposiciones mencionadas ya que particularmente el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social no tuvo la oportunidad de emitir pronunciamiento sobre este asunto de manera previa a la radicación de la demanda.

Este Magistrado advierte que en los anexos de la demanda se constata que el oficio del 15 de marzo de 2023 remitido por el Municipio de Aguadas al Gerente de la Promotora de Vivienda y Desarrollo del Quindío fue enviado con copia al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, sin embargo, con dicha actuación no se considera acreditado el requisito contenido en los artículos 144 y 161 numeral 4 de la Ley 1437 de 2011.

2. Deberá indicar los hechos, actos, acciones u omisiones que motivan la demanda contra el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, específicamente aquellos relacionados con la competencia de la entidad del orden nacional para la pavimentación de vías en el Municipio de Agudas, Caldas, toda vez que en el capítulo de hechos del escrito de demanda únicamente se hace referencia a la relación entre dicha entidad y la Empresa para el Desarrollo Territorial PROYECTA. Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el literal b) del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y en el numeral 3 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011.
3. Deberá precisar la naturaleza jurídica de la Empresa para el Desarrollo Territorial PROYECTA. Ello, teniendo en cuenta que en los hechos de la demanda y en los anexos aportados con la misma se hace referencia a la Promotora de Vivienda y Desarrollo del Quindío. Lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el literal d) del artículo 18 de la Ley 472 de 1998 y en el numeral 1 del artículo 162 de la Ley 1437 de 2011.

Una vez hechas las correcciones arriba ordenadas, la parte actora **deberá integrar la demanda en un solo escrito** y proceder conforme lo dispone el

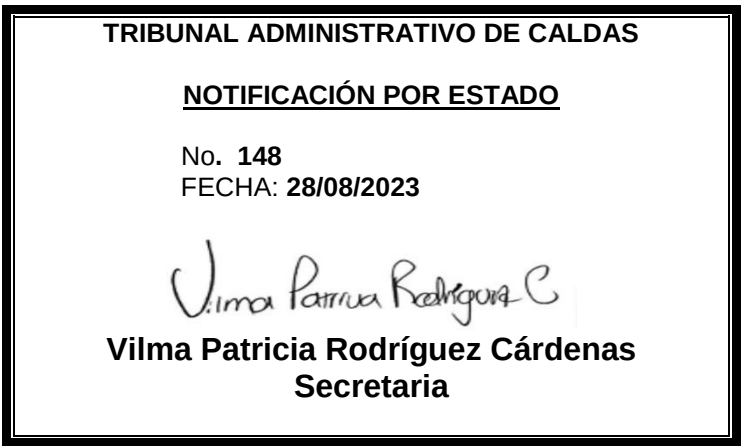
artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, que modificó el artículo 162 del CPACA, en aras de surtir el trámite de notificación personal del auto admisorio, conforme lo dispone el artículo 21 de la Ley 472 de 1998, en concordancia con los artículos 166-5 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado este último por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

ADVIÉRTESE a la parte actora que el único correo electrónico habilitado para allegar la corrección de la demanda, sustituciones de poder, memoriales, etc., es el siguiente: sgtadmincltd@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección electrónica, se tendrá por no presentado.

NOTIFÍQUESE el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del 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: **1ef45dd62672b6b2e3d0f0b7a04d1198db10077c9c365e37baf49257d53f1925**

Documento generado en 25/08/2023 08:49:38 AM

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 PRIMERA DE DECISIÓN
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

RADICADO	17-001-33-33-001-2022-00057-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ALBA LUCIA SOTO BAENA
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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 31 de marzo de 2023, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-175 del 8 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 la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le 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, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 1º 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: no contestó la demanda.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 31 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si era procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan; y si había lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecidas en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó el régimen de cesantías, el marco jurídico de las cesantías anualizadas y el régimen de cesantías aplicable a los docentes, de lo cual concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rigen por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1º enero de 1990

nombrados con cargo a la Nación se rigen por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Seguidamente, estudió las categorías de sanción moratoria relacionadas con las cesantías indicando que se tiene la contemplada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006; la del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y la de la Ley 52 de 1975; y de acuerdo a ello se adentró a determinar la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio revisando las sentencias citadas por la parte actora como precedente frente a las cuales concluyó que no existía posición jurisprudencial que de manera inequívoca y categórica obligara a la aplicación de la norma mencionada.

Continuó con la revisión del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliado al Fondo de Prestaciones, para lo cual citó la ley 91 de 1989, el Decreto 196 de 1995, la Ley 715 de 2001, el Decreto 3752 de 2003, la Ley 1955 de 2019 y la sentencia SU 098 de 2018 que le sirvieron para precisar que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes no conllevaba la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, porque lo que ocurría era que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se lograba que dicho fondo contara con los dineros necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

Que a lo anterior, se agregaba que no existía norma legal que impusiera al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

Que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda

vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

Por lo expuesto, concluyó que aunque los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, en los casos analizados por la jurisprudencia, lo cierto es que se encontraban dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conllevaba a que la naturaleza del FOMAG fuera diferente a la de los fondos administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contuviera diferencias sustanciales.

Frente a los intereses a las cesantías citó el Acuerdo 039 de 1998, para explicar que este estableció la forma de reconocer y pagar las cesantías y los intereses.

Al descender al caso concreto indicó que la accionante estaba afiliada al Fondo de Prestaciones, y que aunque se tenía la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, esa actuación no se omitió en este caso ya que la disponibilidad de los recursos estaba garantizada, porque quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

Adicional a esto, que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituía razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le era aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975, norma específica para el régimen general.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN" propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora ALBA LUCÍA SOTO BAENA en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #30 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías, precisó que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

En cuanto a la incompatibilidad del régimen especial de cesantías docentes con la sanción moratoria de la Ley 50 de 1990 y la indemnización de la Ley 52 de 1975, señaló que sus pretensiones basadas en la interpretación unificada de la Corte Constitucional de la

aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo que tenga su régimen de cesantía anualizado y es que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la ley 50 de 1990, puesto que así se estableció en el artículo 3 del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

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

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

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre

tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio se pronunció sobre el recurso de apelación, y en síntesis, explicó el marco normativo y jurisprudencial que rige el reconocimiento y pago de las cesantías de los docentes, entre ellos, sus características, la imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados al Fondo, y que las cesantías no se consignan sino que están presupuestadas y trasladadas al fondo desde el primer mes de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$5.263.172, e intereses a las cesantías por \$85.648, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 1º 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-175 del 8 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 la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

A. *Para los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio pagará un auxilio equivalente a un mes de salario*

por cada año de servicio o proporcionalmente por fracción de año laborado, sobre el último salario devengado, si no ha sido modificado en los últimos tres meses, o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

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

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

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

ARTÍCULO 7º. TRANSFERENCIA DE RECURSOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Los aportes que de acuerdo con la Ley 812 de 2003 debe recibir el

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

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

Fondo 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.*

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la

³ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018.

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 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

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)

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

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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no

pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 31 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **ALBA LUCÍA SOTO BAENA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 24 de agosto conforme acta nro. 047 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. 148 del 28 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-33-001-2022-00080-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LINA MARÍA FONSECA FONSECA
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 Primero Administrativo del Circuito de Manizales el día 17 de marzo de 2023.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo identificado como NOM-731 del 12 de octubre 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. Que se declare que, la demandante tiene derecho a que la Nación – Ministerio de Educación Nacional y la entidad territorial del departamento de Caldas- secretaría de Educación de manera solidaria, le 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, la demandante, por laborar como docente en los servicios educativos estatales al servicio de las entidades demandadas, al igual que la totalidad de los servidores públicos y privados, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero del año 2021, y sus cesantías sean canceladas hasta el día 15 de febrero del año 2021, lo cual no ocurrió porque ambos términos fueron superados, lo que genera una sanción moratoria causada desde el 1º de enero de 2021, para el caso de los intereses, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad para las cesantías.
- La demandante solicitó el 29 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.

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 prohiado 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:

- **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.
- **De la condena en costas en contra de la parte accionante:** 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: se pronunció sobre los hechos indicando de unos que eran verdaderos; que otros eran parcialmente ciertos; y de otros que no lo eran.

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, la sanción por mora peticionada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989; además, la misma tampoco sería de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Propuso las excepciones de:

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva:** porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y su pago corresponde a la fiduciaria La Previsora, contra quienes debió dirigirse la demanda.

- **Buena fe:** atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes.

- **Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley:** reiteró que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia del 17 de marzo de 2023 negó las pretensiones de la demanda, tras plantearse como problema jurídico determinar si era procedente el reconocimiento y pago a los docentes de la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la consignación de las cesantías anualizadas después del 15 de febrero de la vigencia siguiente a la que se causan; y si había lugar al pago a los docentes de la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecidas en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991.

En primer momento analizó el régimen de cesantías, el marco jurídico de las cesantías anualizadas y el régimen de cesantías aplicable a los docentes, de lo cual concluyó que las cesantías de los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989 se rige por el sistema de retroactividad, al igual que los docentes territoriales nombrados antes del 31 de diciembre de 1996, siempre y cuando conserven el tipo de vinculación. En tanto que los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° enero de 1990 nombrados con cargo a la Nación se rigen por un sistema anualizado de cesantías sujeto al reconocimiento de intereses.

Seguidamente, estudió las categorías de sanción moratoria relacionadas con las cesantías indicando que se tiene la contemplada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006; la del numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; y la de la Ley 52 de 1975; y de acuerdo a ello se adentró a determinar la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio revisando las sentencias citadas por la parte actora como precedente frente a las cuales concluyó que no existía posición jurisprudencial que de manera inequívoca y categórica obligara a la aplicación de la norma mencionada.

Continuó con la revisión del procedimiento para la disponibilidad de los recursos para el pago de prestaciones sociales de los docentes afiliado al Fondo de Prestaciones, para lo cual citó la ley 91 de 1989, el Decreto 196 de 1995, la Ley 715 de 2001, el Decreto 3752 de 2003, la Ley 1955 de 2019 y la sentencia SU 098 de 2018 que le sirvieron para precisar que la disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes no conllevaba la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, porque lo que ocurría era que a la cuenta del Fondo llegaban los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se lograba que dicho fondo contara con los dineros necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

Que a lo anterior, se agregaba que no existía norma legal que impusiera al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, entre ellas, una apropiación mensual (doceava) del Sistema General de Participaciones, señalan la ejecución de un aporte en diversas oportunidades a lo largo del año anterior a la exigibilidad de la prestación y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo Prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados, entre ellas, las cesantías e intereses a las cesantías.

Que al estar el docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, premisa fáctica que difiere sustancialmente de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en torno a la procedencia de la penalidad por la no consignación de cesantías docentes, la disponibilidad de los dineros está garantizada toda vez que quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago - La Nación -, adicional a que estos no se acreditan en cuentas individuales, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías con el régimen de la Ley 50 de 1990.

Por lo expuesto, concluyó que aunque los docentes oficiales son servidores públicos y por ello destinatarios de la sanción moratoria prevista en la Ley 50 de 1990, en los casos analizados por la jurisprudencia, lo cierto es que se encontraban dentro un régimen especial de prestaciones sociales previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003 que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, lo que conllevaba a que la naturaleza del FOMAG fuera diferente a la de los fondos

administradores de cesantías privados y, por lo tanto, la operatividad en el reconocimiento del auxilio de cesantías contuviera diferencias sustanciales.

Frente a los intereses a las cesantías citó el Acuerdo 039 de 1998, para explicar que este estableció la forma de reconocer y pagar las cesantías y los intereses.

Al descender al caso concreto indicó que la accionante estaba afiliada al Fondo de Prestaciones, y que aunque se tenía la obligación de consignar el auxilio de cesantías antes del 15 de febrero de cada año, esa actuación no se omitió en este caso ya que la disponibilidad de los recursos estaba garantizada, porque quien gira los recursos es el mismo titular de la obligación de pago, teniendo en cuenta además que este reconocimiento no se acredita en una cuenta individual del docente, como sí sucede con los afiliados a los fondos privados que administran cesantías, pues para los docentes son pagadas por La Nación a través de la cuenta especial del FOMAG, que se administra por el principio de unidad de caja con disponibilidad permanente de recursos.

Adicional a esto, que el cumplimiento en el término establecido de los intereses a las cesantías, conforme a las directrices del Acuerdo 039 de 1998, constituía razón suficiente para negar igualmente la solicitud de pago de la indemnización por el pago inoportuno de los intereses a las cesantías, pues evidentemente no le era aplicable el contenido normativo de la Ley 52 de 1975, norma específica para el régimen general.

Se plasmó en la parte resolutive:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", propuesta por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", propuesta tanto por LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO como por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, por lo analizado.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda promovida dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por la señora LINA MARÍA FONSECA FONSECA en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO y el DEPARTAMENTO DE CALDAS, de conformidad con lo expuesto en precedencia.

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, la parte accionante presentó recurso de apelación de forma oportuna, mediante memorial que reposa en el archivo #24 del expediente de primera instancia.

Comenzó por referenciar sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido. Además, recalcó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

En cuanto al régimen especial de las cesantías docentes, señaló que el juzgado explicó que al ser los docentes trabajadores de régimen especial no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la Rama Ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

En cuanto a los intereses de las cesantías, precisó que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Aseguró que aunque los docentes pertenezcan a un "*régimen especial*", no implica que las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del

orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

En cuanto a la competencia en el reconocimiento y pago de las cesantías docentes señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Que en este último el artículo 57 de la Ley 1955 ha modificado la competencia para el reconocimiento en cabeza de la entidad territorial nominadora y es que lo que habilitó esta normativa es la expedición del acto administrativo de reconocimiento de las prestaciones sin aprobación de la Nación, puesto que en este trámite era donde se generaban mayores retrasos en el proceso de cesantías.

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

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

de las que no fueron consignadas en el 2021, y que corresponde a su trabajo desarrollado como docente en 2020.

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

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

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020 al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, El Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó memorial a través del cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para lo cual expuso argumentos similares a los planteados en la contestación de la demanda, y explicó además, en síntesis, el marco normativo y jurisprudencial que rige el reconocimiento y pago de las cesantías de los

docentes, entre ellos, sus características, la imposibilidad jurídica y física de apertura de cuentas individuales para los afiliados al Fondo, y que las cesantías no se consignan sino que están presupuestadas y trasladadas al Fondo desde el primer mes de cada vigencia, bajo el principio de unidad de caja.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$3.054.287, e intereses a las cesantías por \$747.685, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 29 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-731 del 12 de octubre 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 la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del*

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de *“Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”*.

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

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

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

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

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

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

Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

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

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

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

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

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

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

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el

ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

De acuerdo con lo anterior, efectivamente no existe una "consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía" como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de

Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, señala:

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

(...)

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

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

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

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

Para tal efecto, la normativa anteriormente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales

para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, comoquiera que la aplicación de tales previsiones con destino a los

³ "Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones".

⁴ "Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación".

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías "*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*", lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁶, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

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

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

acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no circunscrita siempre al 12%.

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

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

<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.» (Negrillas fuera de texto).

Al dejar claro el anterior marco normativo y jurisprudencial, y descender al caso concreto, se afirma en la demanda, en síntesis, que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, toda vez que no fueron consignadas las cesantías de 2020 en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De acuerdo con las pruebas recaudadas, se encuentra acreditado que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses del año 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

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

Costas

En el presente asunto, de conformidad con el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, atendiendo que la sentencia de primera instancia será confirmada, y que por la interposición del recurso de apelación la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio debió desplegar actuación ante este Tribunal, lo que se comprueba con el pronunciamiento que allegó a través de apoderada en relación con el recurso de apelación; mismas que se liquidarán conforme a los artículos 365 y 366 del C. G. del P.

Se fijan como agencias en derecho, a favor de la parte demandada, Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a cargo de la actora la cantidad de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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

FALLA

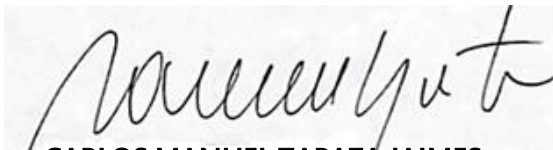
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 17 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LINA MARÍA FONSECA FONSECA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO Y EL DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia a la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma prevista en el Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio conforme al Acuerdo nro. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 24 de agosto conforme acta nro. 047 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. 148 del 28 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-33-33-003-2022-00099-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	ANGELA PATRICIA TORO DIAZ
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-185 del 08 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. Que se declare 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 01 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:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** En el presente asunto, se configuran todos los elementos para predicar que se está en frente a la ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, advierte este ministerio que, en caso de que el juez(a) lo considere pertinente, se ordene la práctica de pruebas respectivas, lo cual se solicitará en el respectivo acápite de pruebas

- **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.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Presentó oposición a las pretensiones de la demanda, ya que, dado que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y ante la certeza de Ley, no hace necesaria la vinculación del Departamento de Caldas al presente proceso. Que, si bien es cierto, como lo manifiesta la parte actora, le es aplicable la Ley 91 de 1989, al ser este el régimen excepcional para los docentes y allí no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los fondos privados de cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FNPSM 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. Por lo que en este caso no existe responsabilidad del ente territorial, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías, en lo que corresponde a sus competencias.

Lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del Magisterio.

La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FNPSM son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Que con lo solicitado se viola el principio de inescindibilidad de la Ley o conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

Como excepciones propone las que denomina:

Falta de legitimación en la causa por pasiva: fundamento esta excepción en el hecho de que la demanda debió dirigirse en forma exclusiva contra del Ministerio de Educación Nacional – Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, entidad facultada para el reconocimiento, liquidación y pago de pensiones y demás prestaciones a los docentes y directivos docentes y también contra la Fiduciaria la Previsora, por ser la entidad encargada exclusivamente del pago de la prestación.

El Departamento de Caldas no posee competencia alguna en materia prestacional de los docentes y directivos docentes del nivel nacional, razón por la cual solicito, que en el momento procesal oportuno sea desvinculado del presente proceso.

La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas cumple funciones procedimentales en cuanto al trámite y reconocimiento de las prestaciones sociales a cargo del Fondo Nacional del Prestaciones del Magisterio.

Buena Fe: De presentarse los presupuestos para declararse obligación alguna a cargo del Departamento de Caldas, existen circunstancias eximentes de tal responsabilidad, como quiera que, de acuerdo al trámite establecido en ley, en los pagos de prestaciones sociales en el régimen excepcional de docentes, el Departamento de Caldas, siempre ha obrado con correcto diligenciamiento de los respectivos actos administrativos. Sin embargo la cancelación del dinero es competencia del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, tal como se observa en el **HECHO 2** de la demanda, el cual establece: *“De conformidad con el parágrafo 2° del artículo 15 de la ley 91 de 1989, le asignó como competencia al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO el pago de la CESANTIA de los docentes de los establecimientos educativos del sector Oficial.”*; Por lo anterior es evidente que el DEPARTAMENTO DE CALDAS ha realizado actuaciones con el debido diligenciamiento, siempre amparado bajo el principio de la buena fe.

En ese mismo sentido, las entidades territoriales no hacen depósito de recursos entendida como la “consignación de cesantías”, pues únicamente desarrollan antes del 5 de febrero de la vigencia siguiente, la actividad operativa de “liquidación del valor de las cesantías” debido a que los recursos ya se encuentran en el fondo.

Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley : no existe obligación alguna que desprenda que, la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, debe intervenir en el presente proceso, cuando el actuar de este ente territorial y del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio finiquita al momento de notificar el acto administrativo que resuelve la prestación, reiterando que conforme a la normatividad en cita, es la entidad fiduciaria la encargada de realizar el pago de las cesantías que reconoce el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, e insisto que el procedimiento para el reconocimiento de cesantías parciales o definitivas lo establecen; la Ley 91 de 1989 y el Decreto 2831 de 2005 y hoy el Decreto No. 1272 de 2018, teniendo presente además que pretender la aplicación de la Ley 50 de 1990 al sector docente, atentaría contra el principio de inescindibilidad de la Ley, pues, pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que le beneficia.

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 **ANGELA PATRICIA - TORO DIAZ**, 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.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

QUINTO: En firme la sentencia, archivar el expediente, previa anotación en la base de datos del despacho y en el programa siglo XXI

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia conforme lo consagran los artículos 203 y 205 del CPACA (modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021) y artículo 8 de la Ley 2213 de 2022.

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

Conforme a la constancia secretarial dentro del término establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA, ninguna de las partes se pronunció sobre el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

La Sala no observa irregularidades procedimentales que conlleven a decretar la nulidad parcial o total de lo hasta aquí actuado, y procederá en consecuencia a fallar de fondo el proceso.

Problema jurídico

¿Tiene derecho la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Lo probado

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$4.440.951, e intereses a las cesantías por \$449.760, estos últimos le fueron consignados el 27/03/2021.
- El 01 de septiembre de 2021 solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.
- Mediante Oficio NOM-185 del 08 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 la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de

1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

B. *Para los docentes que se vinculen a partir del 1º de enero de 1990 y para los docentes nacionales vinculados con anterioridad a dicha fecha, pero sólo con respecto a las cesantías generadas a partir del 1º de enero de 1990, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio reconocerá y pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte de aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante*

el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (Resaltado de la Sala).

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de *“Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”*.

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

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

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

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

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

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.*

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

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

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

ARTÍCULO 57. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES

DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, 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

³ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

Más recientemente, en la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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)

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

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

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

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, acorde con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte*

aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período". Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que "El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, 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 **ANGELA PATRICIA TORO DIAZ** 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 24 de agosto de 2023 conforme acta nro. 047 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. 148 del 28 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17-001-33-33-003-2022-00122-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	LINA MARCELA GARCIA ZULETA
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-497 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. Que se declare 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:

- **Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales:** En el presente asunto, se configuran todos los elementos para predicar que se está en frente a la ineptitud sustancial de la demanda. No obstante, advierte este ministerio que, en caso de que el juez(a) lo considere pertinente, se ordene la práctica de pruebas respectivas, lo cual se solicitará en el respectivo acápite de pruebas

- **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.

DEPARTAMENTO DE CALDAS: Presentó oposición a las pretensiones de la demanda, ya que, dado que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y ante la certeza de Ley, no hace necesaria la vinculación del Departamento de Caldas al presente proceso. Que, si bien es cierto, como lo manifiesta la parte actora, le es aplicable la Ley 91 de 1989, al ser este el régimen excepcional para los docentes y allí no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la ley 50 de 1990 el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los fondos privados de cesantías, circunstancia que no se da para el personal docente, ya que estos por expreso mandato de la ley 91 de 1989 serán afiliados al FNPSM 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. Por lo que en este caso no existe responsabilidad del ente territorial, pues cumplió con todos los parámetros legales a que se obliga frente a la solicitud de cesantías, en lo que corresponde a sus competencias.

Lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del Magisterio.

La Secretaría de Educación del Departamento de Caldas no cancela las cesantías de los docentes, las cesantías de los docentes afiliados al FNPSM son prepagadas al fondo mediante los descuentos mensuales, por esa misma entidad.

Que con lo solicitado se viola el principio de inescindibilidad de la Ley o conglobamiento, toda vez que se pretende la aplicación parcial en relación con la totalidad del cuerpo normativo al que pertenece, buscando con esto aplicar de una norma solamente la parte que lo beneficia.

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 intereses, 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 LINA MARCELA - GARCIA ZULETA, 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.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 del CPACA.

QUINTO: En firme la sentencia, archivar el expediente, previa anotación en la base de datos del despacho y en el programa siglo XXI

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia conforme lo consagran los artículos 203 y 205 del CPACA (modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021) y artículo 8 de la Ley 2213 de 2022.

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 5° 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

Conforme a la constancia secretarial 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

- La demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías; reportando que se liquidaron por cesantías de 2020 \$3.989.526, e intereses a las cesantías por \$767.841, 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-497 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 la demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que a los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio no tienen derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna al Fondo de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, ya que el

reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rigen por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa los aspectos atinentes a la forma y plazo para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Marco normativo

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

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

(...)

3. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003¹, en su artículo 81, estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al

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

servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 10. GIRO DE LOS APORTES. *El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de*

Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público informará el valor de los giros efectuados, discriminando por entidad territorial y por concepto, a la sociedad fiduciaria que administra los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Para los aportes por concepto de salud deberá tenerse en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

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

(...)

Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades

Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...".

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

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

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

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

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

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

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

perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995³ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplica para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006⁴, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁵ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, 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

³ “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

⁴ “Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación”.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-33-000-2014-00174-01, número interno: 1653-16, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Reiterada entre otras en sentencia del 31 de octubre de 2018. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. Rad: 08001-23-33-000-2014-00348-01(3089-16)

⁶ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos de 20 de enero⁷, 3 de marzo⁸ y 19 de mayo de 2022⁹, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en el *sub lite*, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Además, tampoco resulta pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 dispone expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso

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

Por lo tanto, los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, 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

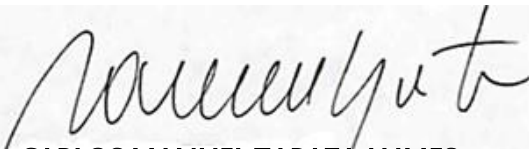
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de marzo de 2023 emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **LINA MARCELA GARCIA ZULETA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL 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 24 de agosto de 2023 conforme acta nro. 047 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. 148 del 28 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

RADICADO	17001-33-33-008-2019-00236-02
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE	AMANDA VELÁSQUEZ CORREA
DEMANDADO	NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

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 Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio contra el fallo que accedió a pretensiones, proferido por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales el día 16 de diciembre de 2021.

PRETENSIONES

1. Declarar la nulidad parcial de la Resolución nro. 3587-6 del 19 de junio de 2019, en cuanto negó el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes a la edad de 55 años y con el cumplimiento de 1.000 semanas de cotización, sin exigir el retiro definitivo del cargo docente para efectuar la inclusión en la nómina de pensionados.
2. Declarar que la demandante tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague una pensión de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios anteriores al cumplimiento del estatus jurídico de pensionada, es decir, a partir del 15 de febrero de 2019, momento en que cumplió los 55 años de edad y las 1.000 semanas de cotización sin exigir el retiro definitivo del cargo, para proceder a su cancelación, en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.

A título de restablecimiento del derecho pidió:

1. Condenar a la entidad demandada que reconozca y pague una pensión ordinaria de jubilación por aportes a partir del 15 de febrero de 2019, equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas recibidas anteriores al cumplimiento del estatus jurídico por haber completado 1.000 semanas de aportes y 55 años de edad, sin que se exija el retiro definitivo del servicio para proceder a su cancelación en compatibilidad con el salario en la docencia oficial.
2. Que se ordene a dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro del proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y 195 del CPACA.
3. Condenar a la demanda a los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las sumas adeudadas.
4. Condenar al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de los valores adeudados.
5. Ordenar la inclusión en la nómina de pensionados, una vez sea reconocido este derecho y el respectivo pago de las mesadas atrasadas, desde el momento de la consolidación del derecho, hasta la inclusión en nómina.
6. Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de cada una de las mesadas pensionales, por tratarse de sumas de tracto sucesivo y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA.
7. Condenar en costas de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

HECHOS

- La demandante nació el 15 de febrero de 1964.
- La actora realizó aportes al antiguo ISS, hoy liquidado, y del cual sus semanas de cotización se encuentran en Colpensiones.
- La señora Velásquez Correa fue vinculada a la docencia oficial desde el 30 de marzo de 2017 y hasta la fecha se desempeña como docente oficial.

- Bajo la legislación establecida en la Ley 812 de 2003 tendría derecho a la pensión por aportes de que trata la Ley 71 de 1988 a la edad de 55 años, y con 1.000 semanas de cotización, sin exigírsele el retiro del cargo de docente ya que la pensión debe reconocerse en compatibilidad con el salario.
- Que la docente posee más de 1000 semanas de cotización a la docencia, más de 55 años de edad y fueron realizados sus aportes antes del 23 de junio de 2003, lo que le otorga derecho a que la pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Artículo 7 de la Ley 71 de 1988; numerales 1 y 2 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989; artículo 6 de la Ley 60 de 1993; artículo 115 de la Ley 115 de 1993; artículo 279 de la Ley 100 de 1993; artículo 81 de la Ley 812 de 2003; artículos 1 y 2 del Decreto 3752 de 2003.

Aseguró que a la demandante le debe ser reconocida una pensión de jubilación por aportes, compatible con el salario que percibe como educadora, en tanto los docentes vinculados previo a la expedición de la Ley 812 de 2003 tienen derecho a que se les apliquen las normas anteriores a esta, en caso de que hayan prestado sus servicios al sector público o privado con aportes al antiguo ISS, hecho que permite inferir que ya se entendía como vinculada para efectos de cumplir con lo dispuesto en el artículo 81 de la norma mencionada, que consagra el régimen de transición; y en tal sentido se le debe aplicar la Ley 71 de 1988 para otorgar la prestación periódica, ya que estas cotizaciones no pueden ser desconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Añadió que reconocer la pensión de jubilación en aplicación de la Ley 100 de 1993 vulneraría las normas que regulan el régimen docente, en especial la Ley 812 de 2003 que permite haber laborado antes del año 2003 para acogerse a las prerrogativas de la Ley 71 de 1988.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En relación con los hechos adujo de su mayoría que serían objeto de prueba. Y frente a las pretensiones manifestó que se oponía a su prosperidad, ya que los actos administrativos demandados se profirieron con fundamento en los parámetros normativos vigentes sobre el reconocimiento, pago y liquidación de pensiones, y frente a los mismos se presume su legalidad.

Indicó que los docentes nacionalizados que se vincularon hasta el 31 de diciembre de 1989 mantuvieron el régimen del que venían gozando en cada entidad territorial; y los nacionales y los que se vincularon a partir del 1° de enero de 1990 se rigen por las disposiciones aplicables a los empleados público nacionales, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978 o que se expidan a futuro, al tenor de lo establecido en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003.

Que para el presente caso la demandante se vinculó en propiedad con posterioridad a la vigencia de la Ley 812 de 2003, por lo que sus derechos pensionales se rigen por la Ley 100 de 1993, lo que significa que no tiene derecho al reconocimiento de la pensión según lo previsto en la Ley 91 de 1989.

Propuso las excepciones de:

- **Inexistencia de la obligación o cobro de lo no debido:** de las disposiciones incoadas por la parte actora no puede alegarse error o indebida aplicación de la ley, ya que la accionante le son aplicables las disposiciones consagradas en el régimen de prima media de la Ley 100 de 1993, en razón que se vinculó al Fondo de Prestaciones con posterioridad a la Ley 812 de 2003, esto es, el 30 de marzo de 2007.
- **Reconocimiento oficioso o genérica:** pidió se declare cualquier otra excepción que se encuentre probada en el proceso.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 16 de diciembre de 2021 accedió a pretensiones, tras plantearse como problema jurídico determinar si la demandante tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación con la Ley 812 de 2003 y la Ley 71 de 1988.

Tras citar el régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el régimen prestacional previsto en la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes) y la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, descendió al caso concreto para explicar que a la actora no le resultaba aplicable la regla inserta en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003, pues tal como se acreditaba con las órdenes de prestación de servicios 1214 del 25 de septiembre de 2000, 159 del 29 de enero de 2001, 171 del 4 de febrero de 2002, 384 del 27 de enero de 2003 y 1111 del 3 de febrero de 2003, su vinculación en calidad de docente

data del año 2000, fecha anterior a la de entrada en vigencia de la ley citada -26 de junio de 2003-.

Pero resaltó que en el proceso estaba demostrado que la demandante realizó aportes tanto en el sector privado como en el sector público; y que para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tenía 30 años de edad y contaba con más de 15 años de servicios cotizados, con lo cual la demandante quedaba amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Que además de cumplir con el requisito del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la demandante también cumplía con las condiciones del Acto Legislativo 01 de 2005, pues a su entrada en vigencia, 25 de julio de 2005, contaba con más de 750 semanas de cotización, dado que a esa fecha había prestado sus servicios por aproximadamente 973 semanas.

En tal sentido, concluyó que tenía derecho a que su situación pensional, en cuanto a los requisitos de edad, tiempo de servicio y monto (tasa de remplazo), se regulara según lo previsto en el régimen pensional anterior que resultara aplicable a la situación particular de la demandante, que no sería la Ley 33 de 1985 por cuanto no cumplía con el parámetro de 20 años de servicio en el sector público, pero como acumulaba tiempos laborados tanto en el sector público como en el sector privado le era aplicable el contenido de la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994; normas que permitían inferir que adquirió el estatus el 15 de febrero de 2019.

En relación con el IBL de la pensión precisó que el mismo no quedaba contemplado dentro de la transición de la Ley 100 de 1993, por lo que debía calcularse de conformidad con lo establecido en esta norma, es decir, con el promedio de los salarios sobre los cuales hubiere cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, y con los factores salariales establecidos en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales hubiera cotizado

Sobre la prescripción indicó que no había lugar a declararla si se tomaba en cuenta que, entre la fecha de notificación de la resolución demandada, 11 de julio de 2019, y la fecha de presentación de la demanda, no habían transcurrido más de tres años.

Se plasmó en la parte resolutive:

*PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de
"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN O COBRO DE LO NO*

DEBIDO”, y “GENÉRICA”, propuestas por la Nación – Ministerio de Educación – F.N.P.S.M.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 3587-6 del 19 de junio de 2019, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a reconocer y pagar a favor de la señora AMANDA VELÁSQUEZ CORREA identificada con C.C. 24.644.421, una pensión de jubilación de conformidad con la Ley 71 de 1988 esto es, con el 75% del promedio de los salarios sobre los cuales efectuó cotizaciones durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, incluyendo únicamente los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994 y sobre los cuales realizó cotizaciones, a partir del 15 de febrero de 2019.

Las sumas insolutas se indexarán aplicando la fórmula establecida en la parte considerativa.

CUARTO.- La NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO deberá dar cumplimiento al trámite dispuesto en el artículo 11 del Decreto N° 2709 de 1994 para el cobro de las cuotas partes que les corresponden a las demás administradoras de pensiones a las que cotizó la demandante.

QUINTO.- La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y pagará intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, en cuanto se cumplan los supuestos de hecho previstos para ello en la citada norma.

SEXTO.- COSTAS a cargo de la Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Se fijan agencias en derecho por valor de \$621.000 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

(...)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio presentó recurso de apelación en forma oportuna, mediante memorial visible en el archivo #17 del expediente digital.

Precisó que para que la docente tenga derecho a las disposiciones del régimen de transición, y ser cobijada por la Ley 71 de 1988, debía tener 35 años para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 15 o más años de servicio cotizados.

En ese sentido, consideró que el *a quo* de forma incorrecta aplicó tal disposición, pues la docente nació el 15 de febrero de 1964, lo que significaba que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 solo tenía 30 años, tal y como lo asumió el juez; sin embargo, de acuerdo a lo mencionado no se encontraba cobijada por el régimen de transición, porque no cumplía con la edad exigida, lo que denotaba que su situación pensional debía basarse en lo dispuesto por el régimen de prima media con prestación definida, para el cual la pensión por aportes no era aplicable.

Hizo énfasis en que en la demanda se consignó que se debe acceder a las pretensiones teniendo en cuenta que los aportes se realizaron al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, lo que denotaba que la actora sí era beneficiaria de régimen de transición y, por ende, obtener el derecho a los 55 años de edad.

Pero la realidad es que los 55 años los cumplió cuando ya habían desaparecido los regímenes de transición, recordando que los mismos fenecieron el 31 de diciembre del año 2014, por tanto, las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar; razón por la cual solicitó revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demandante.

En cuanto a la condena en costas, manifestó que en materia de lo Contencioso Administrativo la condena en costas no se regía por un concepto objetivo, sino que se exigía por parte del operador jurídico una valoración subjetiva porque no bastaba simplemente que la parte fuera derrotada, sino que debía realizarse un análisis de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habría lugar a costas cuando en el expediente aparecieran causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

Para el presente caso, la entidad no realizó actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios de la defensa judicial. Por tal motivo, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar no imponer condena en costas y agencias en derecho, así como tampoco respecto de la sentencia de segunda instancia

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Dentro del término establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 247 del CPACA, las partes no se pronunciaron sobre el recurso de apelación.

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. ¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Amanda Velásquez Correa?
2. ¿Tiene derecho la señora Amanda Velásquez Correa a que se le reconozca una pensión de jubilación por aportes?
3. ¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Lo probado en el proceso

- Conforme a Registro Civil de Nacimiento, la señora Amanda Velásquez Correa nació el 15 de febrero de 1964.
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, da cuenta de un total de 1.004,29 semanas distribuidas así:

[1]Identificación de la Parte Aportante	[2]Nombre o Razón Social	[3]Desde	[4]Hasta	[5]Último Salario	[6]Semanas	[7]Lc	[8]Sim	[9]Total
7048200575	PARROQUIA DE FILADEL	17/03/1985	31/12/1984	\$98.700	51,00	0,00	0,00	51,00
4311401	PARROQUIA DE FILADEL	01/01/1995	31/12/1995	\$118.933	51,43	0,00	0,00	51,43
80801024	PARROQUIA FILADELFIA	01/05/1995	31/08/1995	\$118.934	12,86	0,00	12,86	-0,00
4311401	POQUIA DE FILADELFIA	01/01/1996	31/12/1996	\$142.125	51,43	0,00	0,00	51,43
4311401	PARROQUIA DE FILADEL	01/01/1997	31/12/1997	\$172.005	51,43	0,00	0,00	51,43
4311401	PARROQUIA FILADELFIA	01/01/1998	30/09/1998	\$203.825	33,86	0,00	0,00	33,86
4311401	PARROQUIA LE FILADEL	01/10/1998	31/10/1998	\$203.820	0,00	0,00	0,00	0,00
10240132	CARLOS EDUARDO ECHEV	01/11/1998	31/12/1998	\$203.825	8,57	0,00	0,00	8,57
10240132	CARLOS EDUARDO ECHEV	01/01/1999	31/10/1999	\$236.460	41,00	0,00	0,00	41,00
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/11/1999	30/11/1999	\$157.300	2,86	0,00	0,00	2,86
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/12/1999	31/12/1999	\$236.460	4,29	0,00	0,00	4,29
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/01/2000	31/08/2000	\$260.100	34,14	0,00	0,00	34,14
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/10/2000	31/10/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/12/2000	31/12/2000	\$260.100	4,29	0,00	0,00	4,29
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/01/2001	31/12/2001	\$286.000	51,43	0,00	0,00	51,43
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/01/2002	31/12/2002	\$309.000	51,43	0,00	0,00	51,43
24545212	MARIA TERESA RAMIREZ	01/01/2003	31/03/2003	\$332.000	12,86	0,00	0,00	12,86
24544788	IRENE VELASQUEZ CORR	01/03/2003	31/03/2003	\$44.300	0,57	0,00	0,57	0,00
24344788	IRENE VELASQUEZ CORR	01/04/2003	31/12/2003	\$332.000	38,57	0,00	0,00	38,57
24544788	IRENE VELASQUEZ CORR	01/01/2004	30/04/2004	\$358.000	17,14	0,00	0,00	17,14
24544788	IRENE VELASQUEZ CORR	01/05/2004	31/05/2004	\$12.000	0,00	0,00	0,00	-0,00
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/12/2014	31/12/2014	\$616.000	0,00	0,00	0,00	0,00
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/01/2015	31/01/2015	\$644.000	0,00	0,00	0,00	0,00
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/09/2018	30/09/2018	\$781.000	4,29	0,00	0,00	4,29
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/10/2018	31/12/2018	\$781.242	12,80	0,00	0,00	12,80
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/01/2019	28/02/2019	\$828.116	8,57	0,00	0,00	8,57
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/03/2019	31/03/2019	\$828.000	4,29	0,00	0,00	4,29
24544421	VELASQUEZ CORREA AMA	01/04/2019	30/04/2019	\$828.116	4,29	0,00	0,00	4,29
					[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 1.594,29			
					[11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RESCATORIO EN EL CAMPO 10 "TOTAL SEMANAS COTIZADAS": 0,00			

- Sentencia emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales de Descongestión el 12 de abril de 2010, mediante la cual se declaró una relación laboral entre el departamento de Caldas y la accionante derivada de la suscripción de contratos de prestación en virtud de las órdenes 1214 del 25 de septiembre de 2000, 159 del 29 de enero de 2001, 171 del 4 de febrero de 2002, 384 del 27 de enero de 2003 y 1111 del 3 de febrero de 2003.
- Este fallo declaró que el tiempo laborado por la demandante, conforme a las órdenes de prestación de servicios, se debía computar para efectos pensionales, siempre y cuando se realizaran los aportes correspondientes.
- Reposan las siguientes autorizaciones de servicios:
 - Autorización nro. 1214 del 25 de septiembre de 2000.
 - Autorización nro. 159 del 29 de enero de 2001.
 - Autorización nro. 171 del 4 de febrero de 2002.
 - Autorización nro. 384 del 27 de enero de 2003.
 - Autorización nro. 1111 del 3 de febrero de 2003.
- Según certificado expedido por la secretaría de Educación del departamento de Caldas en respuesta a auto de mejor proveer emitido por esta Sala de Decisión, la demandante

prestó sus servicios transitoriamente como docente de tiempo completo en la Escuela General Santander del municipio de Filadelfia de la siguiente manera:

-Autorización nro. 1214 del 25 de septiembre de 2000: desde el 9 de octubre al 31 de octubre de 2000; y del 1 de noviembre al 24 de diciembre de 2000.

- Autorización nro. 159 del 29 de enero de 2001: desde el 1 de marzo al 8 de abril de 2001; del 16 de abril al 30 de abril de 2001; 1 de mayo al 31 de mayo de 2001; 1 de junio al 17 de junio de 2001; del 16 de julio al 31 de julio de 2001; del 1 de agosto al 31 de agosto de 2001; 1 de septiembre al 30 de septiembre de 2001; 1 de octubre al 30 de octubre de 2001; del 1 de noviembre al 9 de diciembre de 2001.

- Autorización 171 de 2002 del 4 de febrero de 2002: del 15 de febrero al 28 de febrero de 2002; del 1 de abril al 30 de abril de 2002; 1 de mayo al 31 de mayo de 2002; del 1 de junio al 30 de junio de 2002; 22 de julio al 31 de agosto de 2002; 1 de noviembre al 30 de noviembre de 2002; 1 de diciembre al 8 de diciembre de 2002.

- Autorización 1111 del 3 de febrero de 2003: 13 de febrero al 31 de marzo de 2003; 1 de abril al 13 de abril de 2003; del 21 de abril al 30 de abril de 2003; 30 de enero al 9 de febrero de 2003; 1 de mayo al 31 de mayo de 2003; 1 de junio al 22 de junio de 2003; 14 de julio al 31 de julio de 2003; 1 de diciembre al 30 de diciembre de 2003.

- Según el formato único para la expedición de historia laboral emitido en respuesta a auto de mejor proveer, la demandante laboró en los siguientes periodos y planteles educativos:

- Nombramiento en provisionalidad Colegio Campoalegre (Aranzazu): 5/03/04 al 17/07/05.

- Institución Educativa Crisanto Luque (Filadelfia): 30/03/2007 al 19/07/2023 (fecha de expedición del certificado), en el cual indican que está activa.

- A través de Resolución nro. 3587-6 del 19 de junio de 2019 se negó el reconocimiento de una pensión de jubilación a la demandante.

Primer problema jurídico

¿Cuál es el régimen pensional aplicable a la señora Amanda Velásquez Correa?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que al reportar la demandante vinculaciones como docente con anterioridad a la expedición de la Ley 812 de 2003, en virtud de la Ley 91 de 1989, gozaría del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación para los servidores públicos del orden nacional, en este caso la Ley 71 de 1988 y no la Ley 100 de 1993, como lo declaró la *a quo*.

En la sentencia de primera instancia se concluyó que a la demandante no le aplicaba la Ley 812 de 2003 porque su vinculación como docente databa del año 2000. Pero se aseveró que sí cumplía los requisitos de la Ley 100 de 1993 y del Acto Legislativo 01 de 2005 para quedar inmersa en la transición de esta norma, lo que le daba derecho a que su situación pensional fuera resuelta de conformidad con el régimen pensional anterior a la entrada en vigencia de la Ley 100, que, en este caso, por tener aportes al sector público y privado, era la Ley 71 de 1988.

Para resolver el meollo del asunto, en primer momento se advierte que el Consejo de Estado mediante sentencia del 17 de junio de 2022 proferida por la Subsección A de la Sección Segunda en el proceso con radicado 15001-23-33-000-2019-00357-01 (4678-2021), en un caso en el que se buscaba el reconocimiento de una pensión por aportes para un docente que había tenido vinculaciones por órdenes de prestación del servicio indicó sobre la posibilidad de computar este tiempo como válido para el reconocimiento pensional lo siguiente:

A partir de lo expuesto, se observa en el sub examine que la libelista se desempeñó como docente en instituciones educativas del municipio de Sogamoso en los siguientes períodos: i) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1994, ii) del 13 de febrero al 30 de noviembre de 1995, iii) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 1996, 1997 y 1998 respectivamente, iv) del 1.º de marzo al 30 de noviembre de 1999, v) del 1.º de febrero al 30 de noviembre de 2001 y 2002 respectivamente, y vi) del 3 de febrero al 5 de diciembre de 2003. Estas vinculaciones concretadas a través de sendas órdenes de prestación de servicios con objetos claramente de cumplimiento de funciones de enseñanza.

Por otro lado, se destaca que la demandante igualmente ha ejercido labores como servidora pública en calidad de docente oficial al servicio del ente municipal en comento, luego de ser nombrada en provisionalidad y posteriormente en propiedad en el lapso comprendido entre el 6 de febrero de 2004, y al menos, conforme al hecho tercero del escrito introductor, hasta la fecha de presentación de la demanda (16 de julio de 2019)¹. Por lo anterior, durante estos últimos períodos no existe duda de la

¹ Ver sello de presentación personal ante la Oficina Judicial obrante a folio 21 del plenario.

existencia de una vinculación legal y reglamentaria con el Estado como educadora de este.

Ahora, si bien no se niega la existencia de contratos de prestación de servicios de la demandante con la mentada entidad territorial, lo cierto es que tal hecho de ninguna manera implica asumir que la calidad de sus actividades fue otra diferente a la de una docente oficial propiamente dicha, esto al margen de que los efectos jurídicos en cuanto a la relación laboral no se hayan configurado en su momento.

Lo expuesto implica que sin perjuicio del vínculo contractual existente en los lapsos aludidos, y sin que en esta sentencia se emita pronunciamiento sobre una eventual declaratoria de existencia de una relación laboral para aquella época, sí debe entenderse que la señora Carvajal Meléndez ejerció funciones propias e inherentes a la condición de docente estatal en cada uno de sus interregnos de ejecución.

Adicionalmente, esta conclusión halla respaldo en la sentencia de unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016 proferida por el Consejo de Estado², en la cual se precisó que «[...] la vinculación de docentes bajo la modalidad de prestación de servicios, no desvirtúa el carácter personal de su labor ni mucho menos es ajena al elemento subordinación existente con el servicio público de educación, en razón a que al igual que los docentes empleados públicos (i) se someten permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades educativas, por lo que carecen de autonomía en el ejercicio de sus funciones, (ii) cumplen órdenes por parte de sus superiores jerárquicos y (iii) desarrollan sus funciones durante una jornada laboral de acuerdo con el calendario académico de los establecimientos educativos estatales en los que trabajan, motivo por el cual en virtud de los principios de primacía de la realidad sobre las formalidades e igualdad, los docentes contratistas merecen una protección especial por parte del Estado. [...]».

A partir de este razonamiento, se deduce preliminarmente que ante casos en los que se avizora el desempeño de actividades y funciones como docente, fundada en vínculos contractuales con entidades de derecho público o a su servicio, es posible tener por configurados los tres elementos constitutivos de una relación laboral, con fundamento en que la misma naturaleza de la actividad desarrollada por un educador, hace que esta sea necesariamente personal, remunerada y sometida a reglamentaciones, instrucciones y lineamientos de obligatorio cumplimiento.

Esto en la medida en que la educación es un servicio público esencial regulado por directrices imperativas inherentes a la ejecución de una política pública. Lo anterior se asegura sin perjuicio de la carga probatoria que le corresponde al docente

² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Segunda. Sentencia de Unificación CESUJ2 n.º 5 del 25 de agosto de 2016. Rad.: 23001233300020130026001 (00882015).

para «[...] demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta [...]»³.

A manera de colofón de estas precisiones, la Subsección encuentra ajustada a la realidad jurídica y jurisprudencial del caso, el tener como demostrada a favor de la libelista la prestación de servicios propios de una docente oficial por el tiempo que se ejecutaron los contratos respectivos celebrados entre aquella y el municipio de Sogamoso. Ello en atención a que los mentados vínculos contractuales, en esencia lo que consolidaron fue una relación laboral subrepticia que implica tener en cuenta su vigencia para efectos de acumular ese lapso al período de labores de la demandante como educadora estatal y por ende que se deriven las consecuencias, que en lo que respecta al marco normativo aplicable le correspondían en virtud de dicha calidad, tal como fue deprecado en la demanda.

No obstante, debe resaltarse que tanto las pretensiones formuladas, así como el litigio fijado, limitaron los efectos de la referida situación, solo a los impactos que en lo atinente al derecho a la pensión conlleva esta evidencia de una relación laboral oculta, y no al reconocimiento de otro tipo de prestaciones o derechos derivados de un vínculo laboral asimilable al legal y reglamentario que detentan los docentes oficiales, pues ello no había sido materia de discusión.

En suma, para el caso sub iudice, las referidas consideraciones únicamente implican tener el período durante el cual subsistió la enervada relación contractual, como tiempo de servicio efectivamente laborado y acumulable en materia de acreditación de requisitos para acceder al reconocimiento de una pensión de jubilación por parte de la señora Carvajal Meléndez, sobre el cual efectivamente debieron efectuarse las respectivas cotizaciones.

Lo expuesto también ha sido materia de pronunciamiento por parte de esta Sala con base en las consideraciones esbozadas, específicamente para casos de reconocimiento⁴ y de reliquidación pensional⁵, que fueron analizados bajo los mismos supuestos del sub examine, relacionados con una docente que se desempeñó como tal a través de contratos de prestación de servicios.

Conforme a este entendido, se estima que, para la solución jurídica del presente caso, deben aplicarse los postulados a título de reglas previstos en la sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -2019 del 25 de abril de 2019⁶, emanada de la Sección Segunda

³ Ídem.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 11 de febrero de 2021 dictadas en los procesos con radicados: 81001-23-33-000-2013-00079-01 (4021-2014) y 81001-23-33-000-2013-00005-01 (4114-2014); así como en providencia del 18 de febrero de 2021 proferida en el proceso con radicado: 81001-23-33-000-2013-00012-02 (4163-2014).

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 18 de noviembre de 2020. Radicado: 66001-23-33-000-2016-00082-01 (4676-2017).

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de unificación SUJ-014 -CE-S2 -

del Consejo de Estado, la cual pese a relacionarse concretamente con el ingreso base de liquidación en el régimen pensional de los docentes oficiales vinculados al FNPSM, resulta útil en cuanto a las previsiones normativas sobre requisitos y condiciones jurídicas para acceder y consolidar el derecho prestacional propiamente dicho.

Al revisar el material probatorio, se encuentra que mediante sentencia emitida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Manizales de Descongestión que data del 12 de abril de 2010 se declaró la existencia de una relación laboral entre el departamento de Caldas y la demandante derivada de la vinculación como docente a través de las órdenes de prestación de servicios 1214 del 25 de septiembre de 2000, 159 del 29 de enero de 2001, 171 del 4 de febrero de 2002, 384 del 27 de enero de 2003 y 1111 del 3 de febrero de 2003; las cuales le sirven de soporte para afirmar que tenía la calidad de educadora antes de la expedición de la Ley 812 de 2003.

Frente a este tema, la sentencia de unificación SUJ-014-CE-S2-2019 del 25 de abril de 2019, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, sentó jurisprudencia respecto del ingreso base de liquidación para determinar la pensión ordinaria de jubilación de los docentes del servicio público oficial afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio en aplicación de las reglas establecidas en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018, relativa al IBL de acuerdo a los regímenes existentes para los educadores; y en esa misma medida desarrolló los parámetros a tener en cuenta para los docentes en atención a la fecha de vinculación al magisterio debido a la expedición de la Ley 812 de 2003.

De conformidad con esta providencia, para determinar cuál es el régimen pensional aplicable a los docentes debe hacerse referencia inicialmente al artículo 81 de la Ley 812 de 2003⁷ que reguló dos eventos:

- i) El régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, **que se encontraban vinculados antes de la entrada en vigencia de dicha ley** al servicio público educativo oficial, es el establecido para el Magisterio en las disposiciones que regían con anterioridad.
- ii) Los docentes **que se vinculen a partir de la entrada en vigencia de la referida ley**, deben ser afiliados al FOMAG y tienen los derechos pensionales del régimen de prima media

2019 del 25 de abril de 2019. Radicado: 680012333000201500569-01 (0935-2017).

⁷ “Por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003-2006, hacia un Estado comunitario”.

establecido en las Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003, con los requisitos previstos en él, con excepción de la edad de pensión de vejez que será de 57 años para hombres y mujeres.

Además, en la mencionada sentencia se indicó que *“El régimen pensional para los servidores públicos del orden nacional a la entrada en vigencia de la Ley 91 de 1989, era el previsto en la Ley 33 de 1985. Por lo tanto, el régimen aplicable a los docentes vinculados a partir del 1 de enero de 1981, nacionales y nacionalizados⁸, y para aquellos que se nombren a partir del 1 de enero de 1990, por remisión de la misma Ley 91 de 1989, es el previsto en la citada Ley 33 de 1985⁹”*.

Por su parte, el Acto Legislativo nro. 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso en el parágrafo transitorio 1º lo siguiente:

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. *El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003.*

Antes de la Ley 812 de 2003, la norma que regía el régimen pensional de los docentes era la Ley 91 de 1989 *“Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, que unificó el porcentaje de la pensión y también equiparó el régimen al de los pensionados del sector público nacional.

Señaló a propósito, en su artículo 15, lo siguiente:

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

1. 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

⁸ Cita de cita: Se fijó el 1 de enero de 1981, tal y consta en los antecedentes históricos de la norma, por ser el momento de la nacionalización de la educación a la luz de la Ley 43 de 1975.

⁹ Cita de cita: “Por la cual se dictan algunas medidas en relación con las Cajas de Previsión y con las prestaciones sociales para el Sector Público”.

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.

2. Pensiones: [...]

B. Para los docentes vinculados a partir del 1º de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1º de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional. [...] (Negrillas fuera de texto)

Se resalta que la sentencia de unificación desarrolló la determinación de los regímenes para los casos de docentes oficiales cuyo tiempo de servicio hubiese sido prestado únicamente en el sector público; y aunque esa providencia no planteó el supuesto de un docente con acumulación de tiempos cotizados en el sector público y privado, el Consejo de Estado ha sido claro en establecer que la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia de unificación no es óbice para aplicar la Ley 71 de 1988.

Al respecto, se cita sentencia del 28 de abril de 2022, emitida dentro del proceso con radicado 25000-23-42-000-2018-02412-01 (3381-2021) en la cual se explicó:

Al respecto se destacan las sentencias de esta Subsección¹⁰ que en los asuntos en comento han precisado lo siguiente:

«[...] Por otro lado, es pertinente aclarar que si bien en la precitada sentencia de unificación la Sala Plena hizo alusión a los parámetros de aplicación del régimen pensional previsto por la Ley 33 de 1985, no es menos cierto que dicho régimen no era el único reglamentado para los servidores públicos o trabajadores oficiales que fueran beneficiarios de la transición, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, también se encontraban contempladas, verbi gracia, los postulados consagrados en la Ley 71 de 1988, los cuales fueron previstos por el legislador para quienes acumularon tiempo de servicio al sector oficial y al sector privado, y en ese sentido,

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencias del 27 de agosto de 2020 (Rad.: 25000-23-42-000-2015-01757-01 (2315-2018)) y del 30 de enero de 2020 (Rad.: 08001233300020140119901 (2751-2017)).

precisó que tenían derecho a la pensión quienes acreditaran 20 años de aportes en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social, siempre que cumplieran 60 años en el caso de los hombres y 55 años si son mujeres.

Aunado a ello, se tiene que el Decreto 2709 de 1994, reglamentario del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, indicó en su artículo 6.º que: «[...] El salario base para la liquidación de las pensiones por aportes, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios. [...]».

En consecuencia, la Subsección considera que las reglas de unificación también deben aplicarse a los beneficiarios de la pensión por aportes que a su vez están inmersos en el régimen transición [...]»

Bajo este contexto, encuentra la Sala que para los casos de docentes con acumulación de aportes del sector público y del privado como es el de la demandante, la regla jurisprudencial de la sentencia de unificación relativa al régimen pensional aplicable a tales servidores, vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, sería la Ley 71 de 1988. Esta última para permitir el cómputo de los tiempos cotizados en el sector privado y público a fin de acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación. La aludida Ley 71 de 1988 previó para el referido efecto en su artículo 11 una integración normativa en materia pensional para los empleados del sector público y privado que se hicieran titulares de dicha prestación, a saber: (...).

Por lo expuesto, la aplicación de la Ley 71 de 1988 en los asuntos de docentes oficiales con acumulación de aportes en el sector privado, que solicitan el reconocimiento o reliquidación de su pensión de jubilación, no modifica la posición adoptada por esta Corporación mediante la sentencia de unificación del 25 de abril de 2019. Para el caso de marras resulta necesario entonces remitirse a la mentada norma que complementa el régimen de pensiones, en el sentido de que esta permite el cómputo de las cotizaciones efectuadas por el trabajador cuando aquel hubiese laborado en entidades de orden público y privado con el propósito de acceder a dicho beneficio pensional. Lo anterior, en observancia de los requisitos de edad, tiempo y monto pensional previstos en la Ley 33 de 1985, como en efecto se consideró en la mentada providencia.

La demandante reporta un nombramiento como docente en provisionalidad en el año 2004. Ello significaría, en principio, que el régimen aplicable para resolver su caso sería la Ley 100 de 1993 y no las normas anteriores a esta (Ley 33 de 1985 o Ley 71 de 1988); pero como en este caso está probado que mediante sentencia se declaró la existencia de una relación laboral entre el departamento de Caldas y la accionante por vinculaciones a través de autorizaciones de servicios anteriores al año 2003, en la cual se determinó que ese

tiempo era computable para efectos pensionales, puede afirmarse que la accionante queda amparada por la transición de la Ley 812 de 2003, ya que la primera autorización de servicios data del año 2000.

Por esto llama la atención el análisis que se realizó en la sentencia de primera instancia al haberse afirmado que como la accionante tenía vinculaciones como docente desde el año 2000 no quedaba amparada por la transición de la Ley 812 de 2003 sino de la Ley 100 de 1993, cuando claramente el año mencionado es anterior al 26 de junio de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 812.

Como la accionante quedaría amparada por la transición de la Ley 812 de 2003 gozaría del mismo régimen de pensión ordinaria de jubilación establecido para los servidores públicos del orden nacional, que ha permitido el Consejo de Estado no solo sea la Ley 33 de 1985 sino también la Ley 71 de 1988; y como en este caso se afirma se realizaron aportes derivados del servicio prestado tanto en el sector privado como en el público es necesario analizar lo establecido en esta última norma en aras de concluir si se cumplen los requisitos para acceder a una prestación periódica de este tipo.

Segundo problema jurídico

¿Tiene derecho la señora Amanda Velásquez Correa a que se le reconozca una pensión de jubilación con fundamento en la Ley 71 de 1988?

Tesis: la Sala defenderá la tesis que la demandante cumple los requisitos para que le sea reconocida pensión por aportes con fundamento en la Ley 71 de 1988, con un ingreso base de liquidación conformado por los factores salariales percibidos en el año de adquisición del estatus sobre los cuales hubiera hecho aportes conforme el Decreto 2709 de 1994 y la Ley 62 de 1985.

Conforme lo resuelto en el anterior problema jurídico, a la accionante le asiste razón cuando indica que con anterioridad a la Ley 812 de 2003 tuvo vinculaciones como docente; periodos de tiempo que le sirven no solo para acreditar su calidad de educadora, sino que son computables para efectos pensionales.

Frente a la pensión por aportes la Ley 71 de 1988, por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones, consagra en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7.- Reglamentado por el Decreto Nacional 2709 de 1994. A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.

Y los artículos 1, 6 y 8 del Decreto 2709 de 1994, por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 dispuso:

Artículo 1°. Pensión de jubilación por aportes. La pensión a que se refiere el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón, o 55 años o más si se es mujer, acrediten en cualquier tiempo, 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de Seguros Sociales y en una o varias de las entidades de previsión social del sector público.

(...)

Artículo 6°. Salario base para la liquidación de la pensión de jubilación por aportes. El salario base para la liquidación de esta pensión, será el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Si la entidad de previsión es el ISS se tendrá en cuenta el promedio del salario base sobre el cual se efectuaron los aportes durante el último año y dicho instituto deberá certificar lo pagado por los citados conceptos durante el período correspondiente.

(...)

Artículo 8°. Monto de la pensión de jubilación por aportes. El monto de la pensión de jubilación por aportes será equivalente al 75% del salario base de liquidación. El valor de la pensión de jubilación por aportes, no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente ni superior a quince (15) veces dicho salario, salvo lo previsto en la ley.

En la sentencia de primera instancia se concluyó que al estar la accionante cubierta por la

transición de la Ley 100 de 1993 y acreditar aportes tanto en el sector público como en el privado tenía derecho a una pensión por aportes de que trata la Ley 71 de 1988. Y que la mesada pensional debía ser calculada con un IBL conformado por el promedio de los salarios sobre los cuales hubiera cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta los factores previstos en el Decreto 1158 de 1994, conforme lo determinado en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2018.

Se advierte que está probado que la demandante tiene periodo de cotización en Colpensiones y también como docente del departamento de Caldas, aspecto que efectivamente le da derecho a que se analice su situación pensional conforme lo determinado en la Ley 71 de 1988, como lo concluyó el *a quo*, pero dejando claro que ello no se deriva de la aplicación de la Ley 100 de 1993 sino de la Ley 812 de 2003, como ya se estudió.

En cuanto a los requisitos pensionales, está demostrado que la demandante nació el 15 de febrero de 1964, lo que significa que cumplió los 55 años de edad exigidos por la norma el 15 de febrero de 2019.

Frente a los tiempos de servicios, se advierte, de acuerdo a lo probado en el proceso, que la accionante reporta 1004,29 semanas cotizadas a Colpensiones; vinculación como docente mediante autorizaciones de servicios entre los años 2000 a 2003; vinculación como docente entre los años 2004 y 2005; y nombramiento como educadora entre el 30/03/2007 hasta este año.

Se infiere de lo anterior que para la data de cumplimiento de la edad, 15 de febrero de 2019, la actora ya tenía los 20 años de servicios de que trata el artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

Significa que la señora Amanda Velásquez Correa adquirió el estatus pensional el día 15 de febrero de 2019, pues en esa data acreditó el último requisito establecido en la ley, este es, la edad, lo que denota que el año de estatus estaría comprendido entre el 15 de febrero de 2018 al 15 de febrero de 2019.

En lo que respecta al ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación y la manera de establecerlo, el Decreto 2709 de 1994 dispuso que para la liquidación de esta pensión se tendrá en cuenta el salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, salvo las excepciones contenidas en la ley.

Y en cuanto a los factores salariales, se acude a la regla establecida en la sentencia de unificación mencionada del 25 de abril de 2019 en la cual se determinó: *“La regla que rige para el ingreso base de liquidación en la pensión de jubilación de los docentes es la prevista en la Ley 33 de 1985 en cuanto a periodo y factores. Lo que quiere decir que el periodo es el de un (1) año y los factores son únicamente los que se señalan en el artículo 1º de la Ley 62 de 1985 que modificó el artículo 3º de la Ley 33 de 1985”*.

Lo expuesto encuentra respaldo en sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A del 28 de abril de 2022, proceso con radicado 25000-23-42-000-2018-02412-01 (3381-2021) en la que se determinó:

Por último, en cuanto a los factores salariales a incluir en el cálculo del ingreso base de liquidación de la pensión por aportes a que tienen derecho los maestros oficiales con acumulación de cotizaciones del sector público y privado, debe señalarse que estos efectivamente corresponden únicamente a aquellos sobre los cuales se demuestre que se efectuaron los descuentos respectivos, especialmente los que se encuentren enlistados en el artículo 1.º de la Ley 62 de 1985.

Por lo tanto, no se puede incluir ningún factor diferente a estos, puesto que tal presupuesto fue objeto de definición de regla jurisprudencial de manera general en la sentencia de unificación objeto de estudio para esta clase de servidores, sin que por el hecho de consolidarse este caso en una pensión por aportes o por la condición de educadores, ello pueda variar para contabilizar todos los emolumentos de tipo remunerativo que se hubiesen percibido.

De conformidad con el artículo 6 del Decreto 2709 de 1994 el período que debe tenerse en cuenta para calcular el IBL de la prestación es el último año de servicios, que por tratarse de una docente oficial corresponde al periodo anterior a la adquisición del estatus jurídico pensional y no el de el último año de labores. Lo anterior, en consideración a que por la naturaleza de su labor pueden percibir el salario y la pensión ordinaria de jubilación, tal como lo autorizan los artículos 19, literal g) de la Ley 4 de 1992, 5 del Decreto 224 de 1992 y 70 del Decreto 2277 de 1979, sin que deba exigirse el retiro del servicio.

Según el certificado de factores salariales, la actora devengó en este año de adquisición del estatus además de la asignación básica, prima de navidad, prima de servicios, bonificación mensual docentes, prima de vacaciones y bonificación pedagógica.

Se debe aclarar que la prima de vacaciones no hace parte de la base de liquidación de la

pensión, en tanto no está enlistada en la Ley 62 de 1985 y no se probó haber efectuado aportes sobre ellas.

En cuanto a la prima de servicios tampoco es procedente su inclusión, pues el Decreto 1545 de 2013 que la creó para el personal docente y directivo docente oficial de las instituciones educativas de preescolar, básica y media, estableció que aquella constituiría factor salarial desde el momento de su causación únicamente para efectos de la liquidación de las siguientes prestaciones económicas: vacaciones, prima de vacaciones, cesantías y prima de navidad.

Sobre la bonificación mensual, la Sección Quinta del Consejo de Estado el 31 de octubre de 2019 estableció que a pesar de que la bonificación de que trata el artículo 1º del Decreto 1566 de 2014 no se halla enumerada dentro del catálogo de factores a que alude el artículo 10 de la Ley 62 de 1985 porque se creó con posterioridad, también es claro que la misma constituye factor salarial para todos los efectos legales.

En efecto, el Decreto 1566 de 2014 consagra:

ARTÍCULO 1. Créase para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, regidos por el Decreto Ley 2277 de 1979, el Decreto Ley 1278 de 2002 o el Decreto 804 de 1995, y pagados con cargo al Sistema General de Participaciones, una bonificación, que se reconocerá mensualmente a partir del primero (01) de junio de 2014 y hasta el treinta y uno (31) diciembre de 2015, mientras el servidor público permanezca en el servicio.

La bonificación que se crea mediante el presente Decreto constituirá factor salarial para todos los efectos legales y los aportes obligatorios sobre los pagos que se efectúen por ese concepto se realizarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Dicho decreto a su vez fue derogado por los Decretos 1272 de 2015, 123 de 2016 y 983 de 2017, 322 de 2018, 1022 de 2019, 298 de 27 de febrero de 2020¹¹ y Decreto 965 de 2021 en los cuales se ha previsto aquella bonificación mensual en las vigencias de 2015 a 2021 y en todos, como en el primero de la anunciada normativa, se dispone el carácter salarial de la bonificación para todos los efectos, y ordena que sobre aquella se hagan los aportes de orden legal.

¹¹ Por el cual se crea una bonificación para los servidores públicos docentes y directivos docentes al servicio del Estado en los niveles de preescolar, básica y media, que se pagan con cargo al Sistema General de Participaciones y otras fuentes de financiación y se dictan otras disposiciones.

Ello denota que es permitida la inclusión de la bonificación mensual en el IBL de la pensión, toda vez que su creación legal fue posterior a la Ley 62 de 1985, y porque se trata de un emolumento sobre el cual, conforme a la norma que la creó, se debieron realizar aportes, tal y como lo establece el ya mencionado Decreto 1566 de 2014.

Frente a la bonificación pedagógica, el Decreto 2354 de 2018 que creó el factor salarial mencionado para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación señaló lo siguiente:

ARTÍCULO 2. Creación de la bonificación pedagógica. Créase la Bonificación Pedagógica para los docentes y directivos docentes de las plantas de personal de docentes oficiales de las entidades territoriales certificadas en educación, la cual será cancelada a partir del año 2018 en los términos que a continuación se señalan:

1. En el año 2018, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 6% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

2. En el año 2019, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 11 % de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

3. A partir del año 2020 y en adelante, los docentes y directivos docentes percibirán por concepto de Bonificación Pedagógica un valor equivalente al 15% de la asignación básica mensual del cargo que vienen desempeñando al momento de su causación.

ARTÍCULO 3. Criterios para liquidar y reconocer la bonificación pedagógica. Para liquidar y reconocer la Bonificación Pedagógica, de que trata el artículo anterior se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La Bonificación Pedagógica se pagará una sola vez al año, en los porcentajes del presente decreto.

2. La Bonificación Pedagógica se reconocerá y pagará cuando el docente y directivo docente cumpla un año continuo de servicios efectivamente prestado.

3. La Bonificación Pedagógica se liquidará sobre la asignación básica mensual que el docente y directivo docente esté devengando para la fecha de causación de la Bonificación.

4. La Bonificación Pedagógica constituye factor salarial para todos los efectos legales.

5. La Bonificación Pedagógica no tendrá efectos retroactivos por ninguna consideración.

PARÁGRAFO 1. El primer pago de la Bonificación Pedagógica se realizará en el mes de diciembre de 2018 en los términos señalados en el numeral 1 del artículo 2 del presente decreto a los docentes y directivos docentes que hayan laborado un (1) año continuo de servicios efectivamente prestado (Subrayado fuera de texto).

Al revisar esta norma del año 2018 se llega a la conclusión que, aunque en ella se estableció que la bonificación pedagógica constituía factor salarial para todos los efectos legales, también se determinó que sería cancelada una sola vez al año, cuando se hubiera laborado un año continuo de servicios; y que el primer pago se haría en diciembre de 2018; y que no tendría efectos retroactivos bajo ninguna consideración.

En el presente caso el certificado de factores salariales da cuenta que este rubro fue percibido entre los años 2018 y 2019, época en la cual ya había sido creado como factor salarial, por lo que también hay lugar a incluirla en el IBL de la pensión.

En este caso, aunque en el expediente no existe prueba de que la actora haya realizado aportes al sistema de seguridad social en pensiones sobre la bonificación mensual y la bonificación pedagógica, también lo es que, según el formato único para la expedición de certificado de salarios, en el año de estatus pensional fueron devengadas; por ende, de conformidad con la normativa citada, debe tenerse en cuenta para establecer el ingreso base de liquidación de la mesada pensional dichos emolumentos, puesto que sobre los mismos se debían haber efectuado las respectivas cotizaciones.

Lo expuesto permite inferir que, si bien la tasa de reemplazo que se debe aplicar es del 75%, no es procedente liquidar la pensión de la demandante con la totalidad de factores salariales percibidos en el año de estatus, sino solamente incluir en el IBL la asignación mensual, la bonificación mensual y la bonificación pedagógica devengadas entre el 15 de febrero de 2018 al 15 de febrero de 2019.

Lo expuesto lleva a modificar el restablecimiento del derecho consignado en la sentencia de primera instancia, para ordenar que la pensión por aportes sea reconocida con una tasa de reemplazo del 75% aplicada a un ingreso base de liquidación conformado por el promedio de los factores salariales de asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagógica percibidas por la libelista durante el año anterior a la adquisición del derecho, esto es, desde el 15 de febrero de 2018 al 15 de febrero de 2019; con

efectividad a partir de esta última fecha y con el respectivo reajuste para su actualización al momento en que se dé cumplimiento a la sentencia.

En cuanto a la prescripción debe advertirse que de conformidad con el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, la fecha de consolidación del derecho lo fue el 15 de febrero de 2019; la reclamación ante la entidad se presentó el 23 de mayo de 2019, y la demanda se radicó en el año 2019, por lo tanto no transcurrieron 3 años entre estas actuaciones, lo que denota que no se configuró dicho fenómeno, tal como se declaró en la providencia de primera instancia.

Tercer problema jurídico

¿Se cumplieron las condiciones señaladas en la ley y la jurisprudencia para condenar en costas a la parte demandante en primera instancia?

Tesis: La Sala defenderá la tesis que en este caso la condena en costas se ajustó a derecho, ya la decisión se fundamentó en el criterio objetivo valorativo.

Sobre la condena en costas, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

Se deduce en primer lugar que el CPACA contempla un criterio objetivo para la condena en costas, es decir, no tiene en cuenta la conducta asumida por las partes para determinar la condena en costas, sentido en el cual ya se ha pronunciado el Consejo de Estado⁸ en múltiples ocasiones.

Aunado a lo expuesto, recientemente la Sección Segunda, subsección B, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de fecha 21 de junio de 2018 radicado número 73001-23-33-000-2015-00346-01(4323-16), con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, señaló:

“En el caso, la Sala observa que el a quo no hizo un análisis sobre la necesidad de condenar en costas a la parte vencida del proceso, atendiendo los criterios ya definidos por la jurisprudencia, echándose de menos, además, alguna evidencia de causación de expensas que justifiquen su imposición a la parte demandada, quien dentro de sus facultades hizo uso mesurado de su derecho a la réplica y contradicción.”

De acuerdo con lo anterior y para efectos de determinar la procedencia de las costas, es menester indicar que se encuentra probado lo siguiente dentro del expediente:

-. Obra en el expediente, poder debidamente otorgado por el Jefe de Oficina Jurídica del Ministerio de Educación al abogado Luis Alfredo Sanabria Ríos, quien posteriormente sustituyó el mandato a la abogada Jenny Alexandra Acosta Rodríguez togada que ejerció la representación judicial según el mandato a ella conferido, durante el trámite del presente proceso o y finalmente en los alegatos de conclusión se sustituye poder al abogado Diego Stivens Barreto Bejarano.

La prueba relacionada, da cuenta de los gastos generados en el trámite procesal, encontrando procedente la condena en costas contra la parte demandante, cuya liquidación y ejecución se hará en la forma dispuesta en el artículo 366 del Código General del Proceso. Se fijan agencias en derecho por valor de \$536.067 de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

En consecuencia, el artículo 188 del CPACA determina que la condena en costas no es automática frente a quien resulte vencido en el litigio, que las mismas se rigen entonces por un criterio objetivo valorativo.

Cuando se revisa la motivación para la condena en costas de primera instancia se advierte que, la juez explicó que revisado el expediente se evidenciaba que se había otorgado poder al abogado de la parte accionante, quien ejerció la representación judicial; junto con otras pruebas que daban cuenta de los gastos del proceso, lo que hacía procedente la condena en costas contra el Fondo, y fijó agencias en derecho por valor de \$621.000.

Ello denota que la *a quo* procedió a explicar la razón de su decisión frente a las costas con base en el criterio objetivo valorativo. Por lo anterior, se confirmará la condena en costas establecida en la sentencia de primera instancia.

Conclusiones

La señora demandante en su calidad de docente oficial afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, con acumulación de aportes privados y públicos, y por haber ejercido dicha actividad como educadora antes de la vigencia de la Ley 812 de 2003, acreditó los requisitos y condiciones para que le sea reconocida una pensión de jubilación por aportes con base en la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994, efectiva desde la fecha de adquisición del estatus jurídico y liquidada en un monto equivalente al 75% del IBL calculado con el promedio de la asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagógica devengadas durante el año anterior a la referida circunstancia, es decir, del 15 de febrero de 2018 al 15 de febrero de 2019.

Ello lleva a modificar la sentencia de primera instancia en relación con el restablecimiento del derecho, y a confirmarla en lo demás, pero por las razones expuestas en este fallo.

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 la sentencia de primera instancia será modificada.

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: MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 16 de diciembre de 2021 emitida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **AMANDA VELÁSQUEZ CORREA** contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**. En su lugar:

A título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **NACIÓN -MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer y pagar a favor de la señora **AMANDA VELÁSQUEZ CORREA**, identificada con C.C. 24.644.421, una pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988, esto es, con el 75% de un ingreso base de liquidación calculado con el promedio de la asignación básica, bonificación mensual y bonificación pedagógica devengadas durante el año anterior a la adquisición del estatus, es decir, del 15 de febrero de 2018 al 15 de febrero de 2019, con efectividad a partir del 15 de febrero de 2019.

Todas las sumas que resulten del reconocimiento efectuado deberán ser actualizadas en su valor, y para tal efecto se aplicará la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo correspondiente a lo dejado de pagar, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de la

sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes respecto de cada obligación. Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el artículo 192 del CPACA.

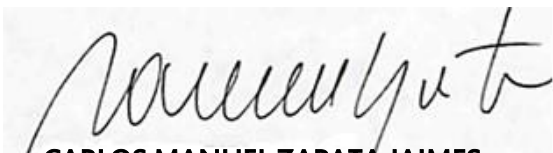
SEGUNDO: CONFIRMAR EN LO DEMÁS, por las razones expuestas en este fallo, la sentencia del 16 de diciembre de 2021.

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

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala realizada el 24 de agosto de 2023 conforme acta nro. 047 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. 148 del 28 de agosto de 2023.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

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

PROCESO NO.	17-001-33-39-007-2020-00178-02
CLASE	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
ACCIONANTE	GERMÁN CASTAÑEDA SALAZAR
ACCIONADO	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES- CREMIL

Procede la Sala Primera del Tribunal Administrativo de Caldas, a dictar sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo que negó las pretensiones, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de diciembre de 2021, dentro del proceso de la referencia.

PRETENSIONES

Solicitó la parte actora:

- “1. Previos los cumplimientos de los rituales procesales se declare la nulidad del acto administrativo distinguido así: Resolución n° 1152 del 28 de febrero del 2019. Proferido por la Caja De Retiro De Las Fuerzas Militares “Cremil” en la que se reconoció la asignación de retiro.*
- 2. Que se inaplique parcialmente por inconstitucional el Decreto 1162 del 2014 por violar derechos fundamentales, en relación al porcentaje de inclusión del subsidio de familia un 30%.*
- 3. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES “CREMIL” a reajustar y reliquidar la asignación de retiro de mi poderdante con fundamento en las siguientes causales:*

a. Se reajuste y reliquide la asignación de retiro en la partida conocida como subsidio de familia tomando el 70% de lo devengado en actividad como partida computable.
- 4. Ordenar 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 el reconocimiento de la pensión y hasta el cumplimiento de la sentencia.*

5. Ordénese a la entidad demandada que una vez hecha la reliquidación se le continúe pagando a nuestro poderdante la asignación de retiro con el nuevo valor que arroje.

6. Que se condene al pago de intereses moratorios desde la fecha de la sentencia hasta que se haga efectivo el respetivo pago.

7. La liquidación de las anteriores condenas deberá efectuarse mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia, debiendo ajustarse con base en el Índice de Precios al Consumidor I. P. C. certificado por el DANE.

8. La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 189 a 192 de la ley 1437 del 2011 y demás normas concordantes para su cumplimiento en los términos legales, se comunique la sentencia a LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES "CREMIL". por intermedio de su representante legal.

9. Que se condene en costas a la entidad demandada, incluidas las agencias en derecho, de acuerdo a lo establecido en el artículo 188 de la ley 1437/2011 y en la sentencia C-539 de 28 de julio de 1999 de la Honorable Corte Constitucional".

HECHOS

1. El demandante estuvo vinculado al Ejército Nacional de Colombia por más de 20 años, tiempo que, según la parte actora, le otorgan el derecho a disfrutar de una asignación de retiro a cargo de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

2. CREMIL- liquidó el subsidio de familia del actor como partida computable en la asignación de retiro en un 30% de lo devengado en actividad según Decreto 1162 de 2014.

3. El Decreto 1161 del 2014 regula para soldados el subsidio de familia como partida computable en la asignación de retiro en un 70%.

4. se le reconoció al demandante asignación de retiro mediante Resolución nro. 1152 del 28 de febrero del 2019.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó como normas vulneradas: Constitución Política de Colombia, Artículos 1, 2, 6, 11, 13, 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.

Adujo que al ser el Decreto 1161 del 2014, abiertamente inconstitucional por el derecho a la igualdad frente a los también soldados profesionales, la inclusión del subsidio de familia como partida computable lo reguló el Decreto 1162 de 2014 con una tasa de remplazo del 70%.

Señaló que el Artículo 38 *del Decreto* 1793 de 2000, ordenó al *Gobierno Nacional* expedir los regímenes salariales y prestacionales de estos, con base en lo dispuesto por la Ley 4ª de 1992 y respetando los derechos adquiridos. En cumplimiento de esta norma, el *Gobierno Nacional* estableció el régimen salarial y prestacional de los Soldados Profesionales mediante el Decreto 1794 de 2000, el cual reconoció el derecho a devengar, el subsidio familiar.

El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 desarrolló el *subsidio familiar* reconociendo a los soldados profesionales casados o con unión marital de hecho, el derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar.

La asignación de retiro de los miembros de las fuerzas militares se encuentra regulado por la Ley 923 de 2004, artículo 2, que señala la obligación del Gobierno de tener en cuenta los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad.

Contrario a la situación de los soldados profesionales, para el cálculo de la asignación de retiro de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares el artículo 13 del decreto 4433 de 2004, sí incluyó el subsidio familiar para la liquidación de la asignación de retiro, "en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro", excluyendo expresamente de dicho beneficio a los soldados profesionales.

El Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 dispuso que a partir de julio de 2014, los soldados profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, pero en el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de Con la expedición del Decreto 1162 de 2014 se dispuso tener en cuenta el subsidio familiar como partida de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pero no en los mismos términos establecidos para los oficiales

y suboficiales de las Fuerzas Militares, esto es, "en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro", sino en el treinta por ciento (30%) del valor percibido en actividad.

El Decreto 1161 de 2014 estableció para otro grupo de soldados profesionales, que devenguen el subsidio de esta norma, que el porcentaje a tener en cuenta como partida computable en la asignación de retiro y pensión de invalidez será del 70% del devengado en actividad. La existencia del trato diferencial es inconstitucional, no solo con oficiales y suboficiales de las fuerzas militares. Sino entre los mismos soldados profesionales, los primeros que se venían regiendo por los decretos 1794 del 2000 y 3770 de 2009, a los cuales a partir del decreto 1162 del 2014 se le estableció un porcentaje del 30%; y entre los soldados que perciben el subsidio familiar creado por el decreto 1161 del 2014 a los cuales se les estableció un porcentaje del 70% constituyéndose así una medida regresiva o un retroceso en el goce de un derecho prestacional.

Del análisis normativo anterior señala que, para: (i), los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares; que es el personal que más devenga, el subsidio de familia es sumado en la asignación de retiro y pensiones de invalidez de forma directa según el porcentaje devengado en actividad. (ii), que los soldados profesionales que devenguen en actividad el subsidio de familia regulado por el Decreto 1161 de 2014, el porcentaje que se tiene en cuenta como partida computable en la asignación de retiro será del setenta por ciento (70%) de lo devengado en actividad. (iii), y por último los soldados que devenguen el subsidio de familia regulado en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000, les será computado según la norma acusada decreto 1162 de 2014, para la asignación de retiro solo el treinta por ciento (30%) del subsidio familiar devengado en actividad.

Finalmente esgrimió que, el subsidio familiar constituye una prestación social que busca ayudar a los trabajadores de medianos y menores ingresos con las cargas económicas derivadas del sostenimiento de sus familias, pues de esta forma se garantiza que las familias de los trabajadores de menores ingresos puedan suplir a cabalidad cada una de sus necesidades y puedan vivir dignamente, ello en cumplimiento de la obligación constitucional de conceder especial protección a la familia como núcleo esencial de la sociedad. Es por ello que el acto acusado se encuentra en contravía de lo establecido en el artículo 2, literal a, de la Ley 4 de 1992 al generar una desmejora en las condiciones salariales y prestacionales de los soldados e infantes de marina profesionales; como un derecho destinado a la protección integral de la familia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares al contestar la demanda manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones.

Aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la prestación, y la conclusión del procedimiento administrativo.

Indicó que con fundamento en los principios de proporcionalidad y correspondencia debe predicarse que el valor de la asignación de retiro debe atender los factores salariales y los porcentajes sobre los cuales cada sujeto hubiere efectuado las cotizaciones. Por su parte, las normas que regulan la materia, esto es, el Decreto 1161 y el Decreto 1162 de 2014, y el Decreto 4433 de 2004, conciben la liquidación de la asignación de retiro de forma clara, entendiendo que en virtud del principio de progresividad y la libertad de configuración legislativa, la situación de los soldados profesionales (SLP) cambió, encontrándose algunos que consolidaron su derecho a una asignación de retiro sin el factor computable subsidio familiar (antes del 1 de julio de 2014); otros que tendrían derecho a que les fuese reconocido el 30% de dicho factor, dado que venían devengándolo en actividad conforme al Decreto 1794 de 2000, y que se entiende, cotizaron al sistema teniendo en cuenta dicho factor; y otros que lo percibieron con el decreto 1161 de 2014, quienes tendrán derecho a un porcentaje del 70%.

Afirma que, como puede observarse, no se trata de una actitud temeraria de la entidad, sino que es la situación particular de los SLP la que enmarca la particularidad de la normativa que debe aplicarse al momento de liquidar su asignación de retiro.

Conforme a lo anterior, se esgrime que no se entiende, por qué el demandante pretende que se le apliquen porcentajes diferentes a los señalados en la norma al momento de reconocer el derecho en actividad. En este punto, advirtió que no es posible reconocer al actor una situación jurídica diferente, ya que la norma y jurisprudencia vigente señalan los porcentajes a reconocer, según la situación jurídica en particular.

En cuanto al derecho a la igualdad, indicó que es claro que, existe una justificación jurídicamente válida para el trato diferenciado entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales, no obstante, la parte demandante señaló que la vulneración del derecho a la igualdad se está presentando frente a los demás SLP que devengarán el 70%; Presunta: ¿transgresión al derecho de igualdad, entre iguales?, disyuntiva que en la

demanda ni siquiera logra clarificarse, pues se expresó de plano una transgresión del derecho a la igualdad, frente a otros miembros de las FF.MM, sin advertirse una ponderación clara que avizore su situación de desigualdad, o desmejoramiento frente a dichos SLP, sin tener en cuenta por ejemplo, que dicho reconocimiento (70% Subsidio Familiar) se prescribe para aquellos que nunca la hayan devengado, por el contrario, se concibe que el legislador previo este reconocimiento, precisamente a efectos de igualar la situación de los SLP que no hubieren devengado el Subsidio familiar, frente a aquellos que si lo hicieron, como por ejemplo el actor. Siguiendo estos parámetros, se consideró que no es procede la pretensión del actor en cuanto a reliquidar su asignación de retiro, incluyendo el Subsidio Familiar como factor computable en un 70%, pues se desconocería la normativa vigente en la materia, así como se pondría en riesgo la igualdad jurídica diseñada por el legislador entre iguales, para revalidar progresivamente los derechos de los SLP.

Por otra parte, indicó que, es claro que antes de la expedición del Decreto 1161 de 20146, -normativa que empezó a regir el 1 de julio de 2014-, no se contemplaba la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, no obstante, sería a partir de la citada fecha que empezaría a tenerse como factor computable en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud, de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

De otro lado, señaló que, se entiende que existe una justificación jurídicamente válida para el trato diferenciado entre los soldados profesionales y los oficiales y suboficiales. De igual forma, se asimiló que los SLP han ido adquiriendo gradualmente el derecho a percibir ciertas prebendas, lo que se entiende como una expresión del principio de progresividad; de esta forma, es comprensible que ciertos SLP hayan consolidado su derecho bajo ciertos parámetros normativos con anterioridad a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, y otros sujetos, en virtud de la citada expresión legislativa, consoliden su derecho de manera distinta, sin desmejorarse en ningún momento, respecto de sus antecesores.

Esgrimió que, con fundamento en los principios de proporcionalidad y correspondencia, debe predicarse el valor de la asignación de retiro, es decir, atender los factores salariales y los porcentajes sobre los cuales cada sujeto hubieren efectuado las cotizaciones. Siendo así, al momento de liquidar la asignación de retiro de los SLP, debe advertirse que pueden presentarse distintos elementos fácticos que inciden en el reconocimiento de la asignación de retiro del SLP, y a continuación se procura vislumbrar los eventos posibles.

En este sentido, se tienen a su vez dos eventos particulares: i) Aquellos SV que se encontraban vinculados antes del año 2000, y posteriormente fueron incorporados como profesionales, en virtud del Decreto 1794 de 2004, situación en la cual tenían derecho a una asignación de retiro (Decreto 4433 de 2004), que se liquidaba basada en un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, teniendo en cuenta que los aportes debieron efectuarse sobre dicho valor; sin considerarse el Subsidio Familiar, dado que no se advertía norma que contemplara la posibilidad de que se incluyera como factor computable para la liquidación de la asignación de retiro, y; ii) Aquellos sujetos que se vincularon como Soldados Profesionales a partir del 01 de enero del año 2001, tendrían derecho a una asignación de retiro liquidada conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en consonancia con el Decreto 4433 de 2004, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, sin el Subsidio Familiar, dado que no se advertía norma que contemplara la posibilidad de que se incluyera como factor computable para la liquidación de la asignación de retiro.

Por otro lado, se tienen aquellos SLP que consolidaron el derecho a percibir una asignación de retiro con posterioridad a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014. En este sentido, se tienen a su vez dos eventos particulares: i) Aquellos SV que se encontraban vinculados antes del año 2000, y posteriormente fueron incorporados como profesionales, en virtud del Decreto 1794 de 2004, situación en la cual tenían derecho a una asignación de retiro (Decreto 4433 de 2004), que se liquidaba basada en un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%, teniendo en cuenta que los aportes debieron efectuarse sobre dicho valor; incluyéndose el subsidio familiar como partida computable, en atención a lo prescrito en el Decreto 1161 de 2014, y; ii) Aquellos sujetos que se vincularon como Soldados Profesionales a partir del 01 de enero del año 2001, tendrían derecho a una asignación de retiro liquidada conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000 en consonancia con el Decreto 4433 de 2004, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%, sin considerarse el subsidio familiar, dado que no se advertía norma que contemplara la posibilidad de que se incluyera como factor computable para la liquidación de la asignación de retiro, incluyéndose el Subsidio Familiar como partida computable, en atención a lo dispuesto en el Decreto 1161 de 2014.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales mediante sentencia proferida el 07 de diciembre de 2021, negó las pretensiones incoadas.

Se planteó como problema jurídico determinar, si se ajustaba a derecho el acto administrativo por medio del cual la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares negó al demandante el ajuste de la asignación mensual percibida con inclusión del subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 70%.

En el caso concreto luego de hacer referencia a lo probado dentro del expediente y a la sentencia de unificación del Consejo de Estado CE-SUJ2-015-19, señaló que, como el demandante adquirió el derecho a la asignación de retiro con posterioridad al mes de julio de 2014, tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable. Así pues, teniendo en consideración que conforme al Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tienen derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico, el cual fue devengado por el actor en servicio activo, esto es, el porcentaje señalado en el artículo 117 del Decreto 1794 de 2000, en concordancia con el artículo 1° del Decreto 1162 de 2014; por tanto, la partida subsidio familiar será del 30% de lo devengado por este concepto en actividad.

Señaló que, teniendo en cuenta que el señor Germán Castañeda Salazar se retiró del servicio en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, y de acuerdo con el material probatorio aportado a la diligencia, así como la jurisprudencia en cita, el reconocimiento de su asignación de retiro estaría cobijado por la hipótesis contemplada en la regla consagrada en el numeral dos de la sentencia de unificación, según la cual, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, de la siguiente manera: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que, resulta improcedente acceder a las pretensiones de la demanda en tanto a reajustar la asignación de retiro del actor incluyendo la partida reconocida como subsidio familiar con una tasa de reemplazo del 70% equivalente al total devengado en actividad, teniendo en cuenta que la asignación de retiro la causó en el año 2019, por tanto, tiene derecho a que se incluya el subsidio familiar en un porcentaje del 30%, tal como la entidad demandada liquidó en la Resolución nro. 1152 del 28 de febrero de 2019, pues el reconocimiento de un porcentaje del 70% solo corresponde al personal de soldados profesionales que no percibían tal partida, que no es el caso del actor, pues en actividad lo venía percibiendo.

Se plasmó en la parte resolutive:

"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: EXPEDIR por secretaría y a costa de los interesados, las copias auténticas que de esta providencia se requieran, conforme a los lineamientos establecidos en el artículo 114 del C.G.P.

TERCERO: SIN CONDENAS EN COSTAS a la parte demandante, conforme lo indicado en la parte motiva.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante en su recurso de apelación arguyó que se debe revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que hay lugar a reliquidar la asignación de retiro conforme a lo petitionado en la demanda, de acuerdo a la normativa que regula la prestación.

Indicó que de la lectura de la sentencia de unificación se puede establecer que, la misma no contempló, si el porcentaje de liquidación de un 30% del subsidio de familia regulado en el Decreto 1162 de 2004 es constitucional, frente a la norma del Decreto 1161 de 2014 que la establece en un 70%, o frente al Decreto 4433 de 2004 que lo reconoce en un 100%.

Afirma que, apropiada fue la aclaración del Consejo de Estado, pues con ello protege su sentencia de unificación a una mala interpretación; como lo realizó los entes tutelados, al manifestar que la sentencia de unificación contempla que el subsidio de familia está bien liquidado al 30% como lo regula el Decreto 1162 del 2014, empero, la sentencia SUJ-015-CE-S2- 2019 no estudio porcentajes ni su constitucionalidad ya que no era el objeto de estudio, solo transcribió las normas que regulan el subsidio, esto atañe al Juez Natural en el momento de dictar sentencia, deba realizar a cada caso en concreto un estudio de Constitucionalidad de la norma a aplicar.

Que el Decreto 1162 de 24 de junio de 2014 dispuso que, a partir de julio de 2014, los soldados profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro, pero en el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004.

Con la expedición del Decreto 1162 de 2014 se dispuso tener en cuenta el subsidio familiar como partida de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pero no en los mismos términos establecidos para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, esto es, "en el porcentaje reconocido a la fecha de retiro", sino en el treinta por ciento (30%) del valor percibido en actividad.

Que el Decreto 1161 de 2014 estableció para otro grupo de soldados profesionales, que devenguen el subsidio de esta norma, que el porcentaje a tener en cuenta como partida computable en la asignación de retiro y pensión de invalidez será del 70% del devengado en actividad. La existencia del trato diferencial e inconstitucional se da, no solo con oficiales y suboficiales de las fuerzas militares, sino entre los mismos soldados profesionales, los primero que se venían rigiendo por los Decretos 1794 del 2000 y 3770 de 2009, a los cuales a partir del Decreto 1162 del 2014 se le estableció un porcentaje del 30%; y entre los soldados que perciben el subsidio familiar creado por el decreto 1161 del 2014 a los cuales se les estableció un porcentaje del 70% constituyéndose así una medida regresiva o un retroceso en el goce de un derecho prestacional.

Del análisis normativo anterior, señala, tenemos que, para: (i), los oficiales y suboficiales de las fuerzas militares; que es el personal que más devenga, el subsidio de familia es sumado en la asignación de retiro y pensiones de invalidez de forma directa según el porcentaje devengado en actividad. (ii), que los soldados profesionales que devenguen en actividad el subsidio de familia regulado por el Decreto 1161 de 2014, el porcentaje que se tiene en cuenta como partida computable en la asignación de retiro será del setenta por ciento (70%) de lo devengado en actividad. (iii), y por último los soldados que devenguen el subsidio de familia regulado en el artículo 11 del decreto 1794 del 2000, les será computado según la norma acusada decreto 1162 de 2014, para la asignación de retiro solo el treinta por ciento (30%) del subsidio familiar devengado en actividad.

Este trato diferenciado que trae la norma atacada no tiene un fin constitucionalmente válido; en tono, que el subsidio familiar en Colombia desde la norma y jurisprudencia busca beneficiar a los sectores más pobres de la población estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y altos dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar, caso contrario sucede en las fuerzas militares el personal con menor ingreso económico como son los soldados se le reconoce la prestación del subsidio familia como partida computable en menor proporción frente a aquellos con mayores beneficios tal premisa es evidenciar un trato diferenciado que no tiene justificación legal y mucho menos constitucional. Las circunstancias de hecho y la

finalidad de la norma de acuerdo con lo anterior atenta con el mínimo vital de los soldados que perciben en su subsidio de familia dicho porcentaje disminuido en su asignación de retiro; en comparación con la de sus superiores en condición también de retiro, la igualdad se trata de un mandato dirigido principalmente al legislador, para que regule las diversas situaciones sin hacer discriminaciones odiosas.

Entonces, contrario a lo establecido por el a-quo, existe una vulneración al principio de igualdad, que ha sido defendido de manera constante y uniforme por la jurisprudencia, toda vez que no se encuentra argumento alguno que justifique por qué a los Oficiales y Suboficiales se les computa tal partida con el 100% de lo devengado al momento del retiro y a los Soldados Profesionales sólo el 30%.

Reiteró que la diferencia de los grados entre oficiales, suboficiales y soldados profesionales, no resulta trascendental para lograr la validez de tal discriminación en tanto, de lo que acá se trata es, por el contrario, de la existencia de dos situaciones iguales, una, la finalidad del subsidio familiar y, otra, la situación de reconocimiento en igual proporción de la prestación que permitirá la subsistencia del retirado conforme a sus condiciones de vida o, más precisamente, su mínimo vital, con mayor razón cuando el subsidio familiar tuvo como objetivo a las personas de mediano y menores ingresos con el fin de aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de una familia como núcleo básico de la sociedad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme a la constancia secretarial las partes y el Ministerio público guardaron silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

No advirtiéndose alguna irregularidad que dé lugar a declarar la nulidad de lo actuado, procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia en el presente proceso.

Problemas jurídicos

De conformidad con el recurso de apelación interpuesto, el problema jurídico a dilucidar se contrae a resolver el siguiente interrogante:

¿Tiene derecho el actor a que la Caja de Retiros de las Fuerzas Militares reconozca y liquide el ajuste de la asignación mensual percibida con la inclusión del subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 70%?

Quedó probado en el proceso:

- El señor GERMÁN CASTAÑEDA SALAZAR ingresó al Ejército Nacional el día 2 de agosto de 1998 en calidad de Soldado Regular hasta el 5 de febrero de 2000.
- Al terminar el servicio militar, fue vinculado como soldado voluntario al Ejército Nacional desde el 6 de febrero de 2000 hasta el 31 de octubre del 2003.
- Fue vinculado como Soldado Profesional desde el 1 de noviembre del 2003 hasta la fecha de su retiro el 30 de noviembre de 2018, siendo dado de alta el 28 de febrero de 2019.
- Mediante Resolución nro. 1152 del 28 de febrero de 2019, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro por cumplir con los requisitos de ley, en los siguientes términos:

"- En cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2451 de 27 de diciembre de 2018) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual más el 60%, en los términos del inciso segundo del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000).

Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1° del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014"

- También se encuentra acreditado que, en la asignación de retiro reconocida al accionante a partir del 28 de febrero de 2019, conforme a la proyección de retiro obrante en el expediente, se incluyeron los siguientes porcentajes y partidas computables:

Sueldo básico (smlv + 60%) \$ 1.324.986,00

70,00% \$ 927.490,00

Prima de antigüedad (38.5%) \$ 357.084,00

Subtotal \$ 1.284.574,00

Subsidio familiar (d. 30%x SP EN ACTIVO) \$248.435

Total, asignación de retiro \$1.533.009,00

Solución al problema jurídico planteado

Tesis: la Sala defenderá la tesis que, conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, al actor no le asiste derecho a que se le reliquide la asignación de retiro teniendo en cuenta el 70% de la prima de actividad, siendo procedente solo el 30% tal y como lo hiciera la entidad accionada al momento de reconocer la asignación de retiro a favor del actor.

Marco normativo

Respecto del reconocimiento del subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2-015-19¹ dispuso:

5.4. Subsidio familiar

5.4. Subsidio familiar como partida computable en la asignación de retiro de los soldados profesionales

176. En primer lugar, es importante señalar que, en términos de la Corte Constitucional², el subsidio familiar se puede definir como «una prestación social legal de carácter laboral³ y, desde el punto de vista del empleador, es una obligación que la ley le impone. De tal manera que ha buscado beneficiar a los sectores más pobres de la población, estableciendo un sistema de compensación entre los salarios bajos y los altos, dentro de un criterio que mira a la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar».

177. Por su parte, la Ley 21 de 1982⁴ concibió el subsidio familiar como una prestación social que tendría la finalidad de aliviar las cargas del sostenimiento de la familia, pagadera en dinero, especie y servicios para aquellos trabajadores de medianos y menores ingresos, su pago sería proporcional al número de personas a cargo y su finalidad (artículo

¹ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo; Sección Segunda; Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil diecinueve (2019); Radicación número: 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19

² Corte Constitucional, sentencia C-508 de 1997.

³ En la providencia en mención, se citó: «La Corte Suprema de Justicia, ha establecido que las *prestaciones sociales* son todo aquello que debe el empleador al trabajador en dinero, especie, servicios u otros beneficios, por ministerio de la ley, o por haberse pactado en convenciones colectivas, pactos colectivos, contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, fallos arbitrales o en cualquier acto unilateral del empleador, para cubrir riesgos o necesidades del trabajador que se originan durante la relación de trabajo o con motivo de la misma. Sobre el particular ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 9 de septiembre de 1982, 18 de julio de 1985 y 12 de febrero de 1993.».

⁴ «Por la cual se modifica el régimen del Subsidio familiar y se dictan otras disposiciones».

1), pero no constituiría salario ni se tendría como factor del mismo para ningún efecto (artículo 2).

178. En lo que respecta a su pago, el artículo 5 ejusdem reguló las diferentes modalidades así:

- **En dinero:** se daría como una cuota monetaria por cada persona a cargo que le diera derecho a la prestación.

- **En especie:** se reconocería en alimentos, vestido, becas de estudio, textos escolares, medicamentos u otros bienes distintos al dinero.

- **En servicios:** es aquel beneficio que se otorgaría mediante la utilización de las obras y programas sociales organizados por las cajas de compensación familiar.

179. Ahora, en el artículo 13 de la Ley 21 de 1982 se precisó que el Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, entre otras entidades, continuarían pagando el subsidio familiar de acuerdo con las normas especiales que las regían. Así, para las Fuerzas Militares, el Decreto 1211 de 1990 reguló el derecho para los oficiales y suboficiales, en los artículos 79 y siguientes, y para los soldados solo se concibió hasta la expedición del Decreto 1794 de 2000, que le confirió a los soldados que se incorporaran como profesionales, la posibilidad de devengarlo durante el servicio, en los siguientes términos:

ARTICULO 11. SUBSIDIO FAMILIAR. A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado profesional de las Fuerzas Militares casado o con unión marital de hecho vigente, tendrá derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al cuatro por ciento (4%) de su salario básico mensual más la prima de antigüedad.

Para los efectos previstos en este artículo, el soldado profesional deberá reportar el cambio de estado civil a partir de su inicio al Comando de la Fuerza de conformidad con la reglamentación vigente.

180. Más adelante y en desarrollo de las normas generales señaladas en la Ley 4 de 1992, el presidente de la República expidió el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009⁵ por medio del cual se derogó la anterior disposición. Sin embargo, la dejó a salvo para aquellos que ya la venían devengando, en los siguientes términos:

«PARÁGRAFO PRIMERO. Los Soldados profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto estén percibiendo el subsidio familiar previsto en el derogado artículo 11 del Decreto 1794 de 2000, continuarán devengándolo hasta su retiro del servicio».

181. Por su parte, el párrafo segundo de esta norma aclaró que el valor del subsidio familiar a que se refiere el artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 es el resultado de aplicar la siguiente fórmula: 4% Salario Básico Mensual + 100% Prima de Antigüedad Mensual.

⁵ «Por el cual se deroga el artículo 11 del decreto 1794 de 2000 y se dictan otras disposiciones»

182. *Es de anotar que el Decreto 3770 del 30 de septiembre de 2009 fue declarado nulo por la Sección Segunda, Subsección B, en providencia del 8 de junio de 2017⁶, con lo cual revivió el artículo 11 del Decreto 1194 de 2000 que consagraba el derecho al subsidio familiar para los soldados profesionales casados o en unión libre.*

183. *Ahora bien, en desarrollo de las Leyes 4 de 1992 y 923 de 2004, el presidente de la República expidió el Decreto 1161 del 24 de junio de 2014⁷, por medio del cual creó nuevamente el subsidio familiar para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales, a partir del 1 de julio de 2014⁸. Adicionalmente, en el artículo 5, se incluyó el subsidio familiar como partida computable para liquidar la asignación de retiro y la pensión de invalidez, en valor del 70% de lo que se devengue por dicho concepto en servicio activo, en los siguientes términos:*

Artículo 5. A partir de julio de 2014, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez del personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares, el setenta por ciento (70%) del valor que se devengue en actividad por concepto de subsidio familiar,

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de junio de 2017, radicación: 110010325000201000065 00(0686-2010), actor: Fundación Colombiana Sentimiento Patrio de los soldados e infantes de Marina Profesionales «SEDESOL».

⁷ «Por el cual se crea el subsidio familiar para Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales y se dictan otras disposiciones».

⁸ «**ARTÍCULO 1º. Subsidio Familiar para soldados profesionales e infantes de marina profesionales.** Créase, a partir del 1º de julio del 2014, para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares en servicio activo, que no perciben el subsidio familiar regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, un subsidio familiar que se liquidará y reconocerá mensualmente sobre su asignación básica, así:

a. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales casados o con unión marital de hecho vigente, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica por la cónyuge o compañera permanente, más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. de este artículo.

b. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales viudos siempre y cuando hayan quedado a cargo de los hijos habidos dentro del matrimonio o dentro de la unión marital de hecho, tendrán derecho a percibir por subsidio familiar el veinte por ciento (20%) de la asignación básica más los porcentajes a que se pueda tener derecho por los hijos conforme al literal c. del presente artículo.

c. Para los soldados profesionales e infantes de marina profesionales con hijos, tendrán derecho a percibir subsidio familiar por este concepto calculado sobre su asignación básica así: Por el primer hijo el tres por ciento (3%), por el segundo hijo el dos por ciento (2%) y el uno por ciento (1%) por el tercer hijo. En ningún caso el soldado profesional o el infante de marina profesional por este concepto podrá percibir más del seis por ciento (6%) de su asignación básica.

PARÁGRAFO 1. El subsidio familiar previsto en el presente artículo en ningún caso podrá sobrepasar el veintiséis por ciento (26%) de la asignación básica de los soldados profesionales e infantes de marina profesionales.

PARÁGRAFO 2. Para los efectos previstos en este artículo los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares a partir del 01 de Julio de 2014, podrán elevar al Comando de Fuerza. la solicitud de reconocimiento del subsidio familiar previsto en el presente decreto, y el reconocimiento tendrá efectos fiscales a partir de la fecha de presentación de la solicitud de que trata el presente parágrafo, siempre y cuando cumplan con los requisitos para su reconocimiento y pago.

PARÁGRAFO 3. Los soldados profesionales e infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares que estén percibiendo el subsidio familiar previsto en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, no tendrán derecho a percibir el subsidio familiar que se crea en el presente decreto».

establecido en el artículo primero del presente decreto; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 o normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.

184. *En la misma fecha, se expidieron disposiciones en materia de asignación de retiro y pensiones de invalidez para los soldados profesionales y los infantes de marina profesionales de las Fuerzas Militares, a través del Decreto 1162 de 2014 el cual, en su artículo 1 previó lo siguiente:*

ARTÍCULO 1. *A partir de julio del 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan.*

185. *Las normas en comento llevan a concluir que se modificó el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004⁹, para incluir el subsidio familiar en la liquidación de la asignación de retiro para los soldados profesionales, de manera que, a partir de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, las partidas computables son las siguientes:*

- Salario mensual: en los términos del artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, esto es,

- Prima de antigüedad: en porcentaje del 38.5%, según lo previsto por el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004.

- Subsidio familiar en porcentaje del 30% para quienes venían devengándolo por virtud de los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009¹⁰, y en porcentaje del 70% para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida¹¹.

186. *Es de anotar que si bien con ocasión del Decreto 1794 de 2000, los soldados profesionales tenían derecho al reconocimiento mensual de un subsidio familiar equivalente al 4% de su salario básico mensual, fue tan solo hasta la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 que tal partida se consagró como computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues con anterioridad a dicha fecha no existía disposición legal que así la contemplara.*

⁹ Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.

¹⁰ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹¹ Artículo 5 del Decreto 1161 de 2014.

187. En conclusión, Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%¹² para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000¹³ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014

188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013¹⁴ la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento¹⁵:

«En efecto, el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, establece un trato diferenciado, al incluir el subsidio familiar en la liquidación de los Oficiales y Suboficiales, empero, no la incluyó en los Soldados Profesionales, sin que se vislumbre justificación razonable para tal exclusión.

Por el contrario, si se tiene en cuenta que la finalidad del plurimencionado subsidio es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de las personas que se encuentran a su cargo en consideración a sus ingresos, resulta desproporcionado y en consecuencia, inconstitucional, que se haya previsto dicha partida para los Oficiales y Suboficiales que se encuentran un rango salarial más alto que los Soldados Profesionales.

¹² Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

¹³ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 17 de octubre de 2013, radicación: 110010315000201301821 01 (AC), actor: José Narcés López Bermúdez.

¹⁵ Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez, y en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho resuelto mediante providencia de la Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

Así pues, a luz de la Carta Política y los postulados del Estado Social de Derecho, resulta inaceptable que el Decreto 4433 de 2004 haya previsto el subsidio familiar como partida computable para los miembros de las Fuerza Pública que tienen una mejor categoría - los Oficiales y Suboficiales - dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y en consecuencia, a quienes más lo necesitan, los Soldados Profesionales.»

189. Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio¹⁶, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016¹⁷, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014¹⁸, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

¹⁶ Dentro de las sentencias en las que se reitera la posición expuesta se pueden ver las siguientes providencias del Consejo de Estado: Sección Cuarta, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500380 00 (AC), actor: Jairo Jaraba Morales; Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 29 de abril de 2015, radicación: 110010315000201500801 00(AC), actor: José Edgar Moncada Rangel; Sección Primera, sentencia del 28 de mayo de 2015, radicación: 110010315000201500001 01(AC), actor: Eduar Chica Zea; Sección Primera, sentencia del 12 de noviembre de 2015, radicación: 11010315000201500009 00(AC), actor: José Ober Dávila Bueno; Sección Primera, sentencia del 23 de junio de 2017, radicación: 110010315000201701058 00 (AC), actor: Aedwing Guerrero Galvis; Sección Segunda, sentencia del 4 de septiembre de 2017, radicación: 110010315000201701922 00(AC), actor: Oscar Daniel Lenis Morales; Sección Primera, sentencia del 8 de noviembre de 2017, radicación: 110010315000201701527 00 (AC), actor: José Alirio Camargo Pérez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 27 de octubre de 2016, radicación: 250002342000201300143 01 (3663-2014), actor: Armando Guarín Cujaban.

¹⁸ El test se aplica en nivel de intensidad leve, conforme lo sostenido por la misma Corte Constitucional en la sentencia C- 015 de 2014, al señalar: «[...]La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la “presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas”. El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad.

El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en que se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en aquellos en que está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad anterior a la vigencia de la Carta de 1991 derogada pero que surte efectos en el presente, o cuando, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.[...]»

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime¹⁹ que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribe ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática»²⁰, por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad»²¹, por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994²² y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005²³, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de

¹⁹ T-530 de 2002, T-119 de 2001, T-540 de 2000, T-117 de 2003, C-1110 de 2001.

²⁰ T-587 de 2006.

²¹ Ibidem.

²² Por el cual se modifica la caja de vivienda militar y se dictan otras disposiciones.

²³ Por la cual se modifica el Decreto-ley 353 del 11 de febrero de 1994 y se dictan otras disposiciones.

todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga²⁴, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. *Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.*

197. *Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:*

198. *i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.*

199. *ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.*

200. *iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

²⁴ Art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales y Culturales.

201. *De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad²⁵ a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.*

202. *Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad.*

203. En conclusión: *Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.*

...

...

6. Reglas de unificación

253. *De todo lo expuesto se extraen las siguientes reglas de unificación de la jurisprudencia en el tema puesto a consideración:*

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

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. *Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*

1.2.

1.3. *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*

2. *Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha*

²⁵ R. Alexy destaca «El principio de igualdad de hecho es, por lo tanto, una razón suficiente para un derecho subjetivo definitivo a un trato jurídico desigual que sirve para la creación de la igualdad de hecho, sólo si desplaza a todos los otros principios contrapuestos que estén en juego.». Teoría de los Derechos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2da edición, Madrid 2017, p. 373.

prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁶ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁷ y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. *Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.*

Conforme a las reglas de unificación es claro que, los soldados que causen su derecho a la asignación de retiro antes del mes de julio de 2014 no tendrán derecho al reconocimiento del subsidio familiar como factor para el compute de la prestación; para los soldados profesionales que adquieran el derecho después del mes de julio de 2014 y que hubieran devengado el subsidio familiar tienen derecho a que se les reconozca dicha partida en un porcentaje del 30% y para aquellos que habiendo adquirido el derecho después del mes de julio de 2014 pero que no hubieran devengado la prestación en mención tendrán derecho a que se compute en un porcentaje del 70%.

Caso concreto

Teniendo en cuenta el recaudo probatorio obrante en el cartulario encuentra esta Sala que el señor Castañeda Salazar prestó sus servicios al Ejército Nacional durante 20 años 5 meses y 20 días según consta en la hoja de servicios:

RELACION DETALLADA DE TIEMPOS									
Conceptos	Disposición			Lapsos		Años	Meses	Días	
	Clase	Nro	Fecha	Desde	Hasta				
SERVICIO MILITAR	DIRTRA	193	19971228	19980802	20000205	1	6		
- SOLDADO REGULAR	DIRTRA	193	19971228	19980802	20000205	1	6		
TIEMPO DE SERVICIO MILITAR CUMPLIDO	DIRTRA	202	19981030	20000205	20031031	3	8	2	
SOLDADO VOLUNTARIO	OAP-EJC	1008	20000220	20000205	20031031	3	8	2	
- SOLDADO VOLUNTARIO	OAP-EJC	1008	20000220	20000205	20031031	3	8	2	
SOLDADO PROFESIONAL	OAP-EJC	1175	20031020	20031101	20181130	15	0	2	
- SOLDADO PROFESIONAL	OAP-EJC	1175	20031020	20031101	20170531	13	7	2	
SOLDADO PROFESIONAL	OAP-EJC	3420	20170601	20170601	20181130	1	5	2	
SUSPENSION PENAL	OFI-LLEG	N°484220181012		20180913	20181013	0	1		
TRES MESES DE ALTA	OAP-EJC	2197	20181120	20181130	20190228	0	3		
POR TENER DERECHO A LA PENSION	OAP-EJC	2197	20181120	20181130					

Posteriormente mediante Resolución nro. 1152 del 28 de febrero de 2019, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le reconoció asignación de retiro por cumplir con los requisitos de ley, en los siguientes términos:

²⁶ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁷ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

ARTÍCULO 1º. Ordenar el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro a favor del (de la) señor(a) **SOLDADO PROFESIONAL (r) DEL EJÉRCITO GERMAN CASTAÑEDA SALAZAR**, con fecha de nacimiento **7 de Abril de 1979** e identificado(a) con **Cédula de ciudadanía No. 9975554** de **Villamaría**, con cargo al presupuesto de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a partir del **28 de Febrero de 2019**, así:

- En cuantía del **70.00%** del salario mensual **Decreto 2451 del 27 de diciembre de 2018** indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual más el 60%, en los términos del inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1794 de 2000).
- Adicionado con un treinta y ocho punto cinco (38,5%) de la prima de antigüedad, de conformidad con lo señalado en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y con el 30% del subsidio familiar devengado en actividad, de conformidad con lo señalado en el artículo 1º del Decreto 1162 de 24 de junio de 2014.

De igual forma y conforme a la Tarjeta de Liquidación Titulares de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares – Grupo de Nómina y Embargos el actor devengó el subsidio familiar en actividad (PDF nro. 8 del expediente de primera instancia)

Conforme a lo anterior, encuentra esta Sala que, al actor le es aplicable la regla de unificación que dispone: *"Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30%²⁸ para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000²⁹..."*.

En este sentido, el actor tiene derecho a que se le incluya el subsidio familiar como partida computable en un porcentaje del 30% de lo devengado por este concepto en actividad.

En este punto se debe señalar que, contrario a lo considerado por el apelante, la sentencia de unificación del Consejo de Estado fue explícita en cuanto al porcentaje a tener en cuenta en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales respecto del subsidio familiar, siendo claro en determinar que si el derecho se causa antes del mes de julio de 2014 no se tiene derecho a que se tenga en cuenta, siendo que si se adquiere el derecho posterior al mes de julio de 2014 se tendrá en cuenta en un 30% cuando se haya devengado dicho factor estando en actividad, y en un 70% cuando no se hubiere devengado, por lo que para esta Sala no cabe duda sobre el porcentaje a tener en cuenta se tiene derecho a que compute el subsidio familiar para liquidar la asignación de retiro.

²⁸ Artículo 1 del Decreto 1162 de 2014.

²⁹ El artículo 11 del Decreto 1794 de 2000 revivió con la declaratoria de nulidad del Decreto 3770 de 2009.

Decisión de segunda Instancia

En el caso concreto evidencia esta Sala, tal como lo hiciera la juez de instancia que el actor, Germán Castañeda Salazar se retiró del servicio en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, y de acuerdo con el material probatorio aportado al cartulario, así como la jurisprudencia de unificación en cita, el reconocimiento de su asignación de retiro esta cobijado por la hipótesis contemplada en la regla consagrada en el numeral dos de la sentencia de unificación, según la cual, los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, de la siguiente manera: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000.

En mérito de lo expuesto la sentencia de primera instancia amerita ser confirmada.

Costas

No se condenará en costas en esta instancia, atendiendo a que ninguna de las partes ejerció actuación alguna en sede de segunda instancia que amerite su reconocimiento.

Es por lo expuesto que la Sala Primera del **Tribunal Administrativo de Caldas**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales el 07 de diciembre de 2021, en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por **GERMAN CASTAÑEDA SALAZAR** contra **LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, según lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.

Sentencia proferida en Sala de Decisión realizada el 24 de agosto de 2023, conforme acta nro. 047 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. 148 del 28 de agosto de 2023.

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **17001-23-33-000-2016-00990-00**
Demandante: **José Gerardo Calderón Duque**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación Nacional y Municipio de Manizales - Secretaría de Educación**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la Liquidación de las Costas y Agencias en derecho realizada por la Secretaria del Tribunal Administrativo de Caldas.

Notificar

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO

Medio de Control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicado: **17001-23-33-000-2018-00116-00**
Demandante: **Myriam Julia Herrera Hernández**
Demandado: **Nación - Ministerio de Educación Nacional y Departamento de Caldas - Secretaría de Educación**



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS

Manizales, veinticinco (25) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P, el Despacho aprueba la Liquidación de las Costas y Agencias en derecho realizada por la Secretaria del Tribunal Administrativo de Caldas.

Notificar

A handwritten signature in dark ink, consisting of several fluid, connected strokes, positioned above the printed name and title.

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
MAGISTRADO