

República de Colombia



Honorable Tribunal Administrativo de Caldas

Sala Sexta de Decisión

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Asunto: **Fija fecha audiencia inicial**

Medio de control: Repetición

Radicación: 17001-23-33-000-2019-00294-00

Demandante: Departamento de Caldas

Demandados: Jesús Antonio Bermúdez Salazar

Llamado en garantía: Aseguradora Compañía de Seguros del Estado S.A.

A.I. 177

Manizales, cinco (05) de septiembre dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

Teniendo en cuenta que las excepciones previas y mixtas fueron resueltas a través de acto judicial proferido el 13 de julio del 2023, y conforme a la constancia secretarial visible arribado al expediente digital, no hubo pronunciamiento frente a dicha decisión. Se procede a convocar a las partes a la audiencia inicial consagrada en el artículo 180 del C.P.A.C.A.

CONSIDERACIONES

En el proceso de la referencia se encuentra vencido el término de traslado de la demanda, dentro del cual la entidad que integra la parte pasiva de la relación hizo uso del derecho de defensa, conforme quedó consignado en la constancia secretarial.

El artículo 180 del C.P.A.C.A., consagra que “... *Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvenCIÓN según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: 1. Oportunidad. La audiencia se llevará a cabo bajo la dirección del Juez o Magistrado Ponente dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda o del de su prórroga o del de la de reconvenCIÓN o del de la contestación de las excepciones o del de la contestación de la demanda de reconvenCIÓN, según el caso. El auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no será susceptible de recursos. ...*”

Es así que cumplido con los procedimientos judiciales pertinentes como se manifiesta en constancia Secretarial y de acuerdo a lo reglado en la norma anteriormente enunciada, el Despacho convoca a las partes a la realización de la Audiencia Inicial, la cual se llevará a cabo el día martes **VEINTICUATRO (24) DE OCTUBRE DEL DOS MIL VEINTITRÉS (2023) A LAS NUEVE DE LA MAÑANA (9:00AM)**.

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

De igual manera en caso de que se aporten dictámenes periciales y de los documentos presentados, de conformidad con el artículo 228 en concordancia con el 110 del C.G.P se le da traslado a las partes.

La audiencia se llevará a cabo de manera virtual, por el aplicativo TEAMS, sin embargo, si algunas de las partes lo requieren se hará de manera presencial, y debe justificar su necesidad. Se informa que en enlace de la audiencia es en el siguiente link:
<https://call.lifesizecloud.com/19198377>

Notifíquese y cúmplase



PABLO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS NOTIFICACIÓN POR ESTADO No.
FECHA: 6/09/2023
SECRETARIO

17001-23-33-000-2020-00075-00

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 156

La Sala 4^a de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de primer grado en el proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido, mediante acumulación de pretensiones (inciso 3º del precepto 88 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 306 del Código de lo Contencioso Administrativo), contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) los señores AIDA NELY CRUZ QUINTERO, ALBA MARINA FRANCO GIRALDO, DANIEL ALBERTO CARDONA CHICA, DAVID FERNANDO PACHECO VALENCIA, JHOINER ALFONSO MEJÍA CASTAÑEDA, JOMAIRO GONZÁLEZ OCAMPO, JULIO CÉSAR OLIVEROS MURILLO, SARA INÉS ÁLVAREZ, CLAUDIA LUCÍA DÍAZ HENAO, JORGE AUGUSTO BLANDÓN RENDÓN, JOSE MARIO RAMÍREZ ACEVEDO, LORENA MEDINA RAMÍREZ y PAOLA PELÁEZ COQUECO.

**PRETENSIONES DE QUIENES INTEGRAN
LA PARTE ACTORA**

Impetran los nulidiscentes, se declare la nulidad de los actos factos originados con las peticiones presentadas el 8 y el 28 de agosto de 2019, con las cuales la accionada les negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

En consecuencia, se condene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM a reconocer y pagar la aludida sanción, suma debidamente ajustada con base en el IPC, el reconocimiento de intereses de mora, y se condene en costas a la parte demandada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

En síntesis, indican los accionantes que solicitaron ante el FNPSM el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías en su condición de docentes estatales, no obstante, este fue cancelado por fuera de los términos previstos en las Leyes 244/95 y 1071/06, dando lugar a la penalidad impetrada con el escrito introductor. Añaden que, una vez solicitado el pago de la sanción, este fue denegado a través de los actos administrativos enjuiciados.

NORMAS VIOLADAS

Y

CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Se invocan como vulneradas las Leyes 244 de 1995 (arts. 1 y 2) y 1071 de 2006 (arts. 4 y 5).

En suma, exponen los demandantes que la entidad accionada se encuentra violentando los preceptos constitucionales y legales, pues al argumentar la disponibilidad presupuestal como base para no haber cancelado la prestación debida, está desconociendo derechos de los trabajadores, adicionalmente, debe entenderse que las cesantías corresponden a dineros que les pertenecen a los empleados, y por ello el Estado debe contar con las provisiones necesarias para su pago. De igual manera, cita diversos apartados jurisprudenciales del H. Consejo de Estado, en los que ha determinado que la sanción prevista en la Ley 1071 de 2006 se inscribe en el cometido protección de los derechos de los trabajadores, que de no existir estos mecanismos, se verían burlados por la propia ley.

**CONTESTACIÓN
AL LIBELO DEMANDADOR.**

Actuando de manera oportuna, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM no contestó la demanda, según la constancia secretarial que obra a folio 258 del expediente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE /fls. 265-276/: ratifican que la parte demandada incumplió los términos previstos en las Leyes 244/95 y 1071/06 para la consignación oportuna del auxilio de cesantías, lo que basta para que se acceda al reconocimiento de la sanción moratoria deprecada, al tiempo que impetra se tenga en cuenta para su cómputo la fecha en la que los docentes retiraron el dinero de la entidad bancaria, pues solo en ese momento los dineros ingresaron al patrimonio de cada uno de los demandantes. Así mismo, indica que de acuerdo con la postura jurisprudencial vigente, el reconocimiento de la indexación de la sanción moratoria y los intereses resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

La entidad demandada y el Ministerio Público no intervinieron en esta oportunidad, según consta a folio 296.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

Pretende la parte actora se anulen los actos fictos originados con los cuales se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2006.

CUESTIÓN PREVIA: La competencia de la jurisdicción para abordar el tema en discusión.

Resulta oportuno rememorar, en primer lugar, que en asuntos análogos al tratado en el *sub exámine* (relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías), este órgano colegiado¹ ha concluido, en suma, (i) que se aplica, por identidad, el fallo de fecha veintisiete (27) de marzo de 2007 emanado del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo², en el sentido de que esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí instaurada (art. 104 C/CA) a través del medio de control efectivamente ejercido; y (ii), que la Ley 1071 de 2006 se aplica íntegramente al régimen especial de los docentes, de suerte que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha de acatar el mandato allí contenido, alusivo al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

I) ¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071/06?

En caso afirmativo,

II) ¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?

III) ¿Hay lugar a indexar la mentada sanción?

¹ Tribunal Administrativo de Caldas: Sentencias del 7 de marzo de 2013, Rads. 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez. También: Sentencia del 26 de abril de 2013, Rad. 17-001-23-33-000-2012-00011-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez.

² Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

(I)
LA SANCIÓN MORATORIA
POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS

El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, "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 DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

"...**Términos.** Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios (sic), la entidad empleadora o aquella (sic) tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo". /Resaltado es del texto. Subrayas son del Tribunal/.

De este modo se infiere que la entidad a cargo dispone de un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías, definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, claro está, siempre que la petición reúna todos los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el artículo 5º *ibidem* en su primer inciso prevé que la entidad, para efectuar el pago, dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Ese canon es del siguiente tenor:

“...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...”.

Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deonticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

Aunadamente, resalta el Tribunal, la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquél en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

Así las cosas, concluye este Juez Plural que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071, dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de que trata el párrafo de su artículo 5º:

“...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...”.

Para efectos de la sanción moratoria, en la pluricitada sentencia emanada del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el veintisiete (27) de marzo de 2007, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Sumado a ello, el Alto Tribunal sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“...Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad cominatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995 (léase Ley 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...”.

...

...

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 acudirse a este medio, el cometido protecciónista 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...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

Cabe anotar que el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, modificado por su similar 1272 de 2018 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

En punto a la notificación del acto administrativo con el cual se reconoce y ordena el pago de cesantías, el H. Consejo de Estado en sentencia datada el 28 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), señaló:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto.

Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

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.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 ibidem; en cuyo caso, el acto se

entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados” /Resaltados de la Sala/.

(III)

EL CASO CONCRETO: EXTREMOS TEMPORALES DE LA SANCIÓN MORATORIA

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que los accionantes solicitaron el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía, que les fue reconocido según se indica a continuación:

	DEMANDANTE	FECHA SOLICITUD	TÉRMINO DE 15 DÍAS PARA EXPEDIR EL ACTO ADMINISTRATIVO	RECONOCIMIENTO
1	AIDA NELY CRUZ QUINTERO	viernes, 28 de septiembre de 2018	22 de octubre de 2018	Resolución N°8907-6 de 30 de octubre de 2018
2	ALBA MARINA FRANCO GIRALDO	lunes, 20 de febrero de 2017	13 de marzo de 2017	Resolución N°2411-6 de 29 de marzo de 2017
3	DANIEL ALBERTO CARDONA CHICA	martes, 20 de noviembre de 2018	11 de diciembre de 2018	Resolución N°267-6 de 16 de enero de 2019
4	DAVID HERNANDO PACHECO VALENCIA	viernes, 23 de febrero de 2018	viernes, 16 de marzo de 2018	Resolución N°2672-6 de 23 de marzo de 2018
5	JHOINER ALFONSO MEJÍA CASTAÑEDA	miércoles, 23 de enero de 2019	miércoles, 13 de febrero de 2019	Resolución N°1125-6 de 28 de febrero de 2018
6	JOMAIRO GONZÁLEZ OCAMPO	viernes, 1 de septiembre de 2017	viernes, 22 de septiembre de 2017	Resolución N°9153-6 de 24 de noviembre de 2017
7	JULIO CÉSAR OLIVEROS MURILLO	martes, 29 de diciembre de 2015	jueves, 21 de enero de 2016	Resolución N°1533-6 de 23 de febrero de 2016
8	SARA INÉS ÁLVAREZ	jueves, 26 de abril de 2018	lunes, 21 de mayo de 2018	Resolución N°8917-6 de 31 de octubre de 2018
9	CLAUDIA LUCÍA DÍAZ HENAO	jueves, 19 de julio de 2018	lunes, 13 de agosto de 2018	Resolución N°682 de 26 de septiembre de 2018
10	JORGE AUGUSTO BLANDÓN RENDÓN	miércoles, 19 de septiembre de 2018	miércoles, 10 de octubre de 2018	Resolución N°857 de 21 de noviembre de 2018
11	JOSE MARIO RAMÍREZ ACEVEDO	jueves, 19 de julio de 2018	lunes, 13 de agosto de 2018	Resolución N°670 de 26 de septiembre de 2018
12	LORENA MEDINA RAMÍREZ	miércoles, 19 de septiembre de 2018	miércoles, 10 de octubre de 2018	Resolución N°852 de 21 de noviembre de 2018
13	PAOLA PELÁEZ COQUECO	viernes, 20 de abril de 2018	martes, 15 de mayo de 2018	Resolución N°917 de 19 de diciembre de 2018

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
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

(…”

En ese orden, le asiste razón a los demandantes, al afirmar que la entidad llamada por pasiva superó el término previsto en la ley para la cancelación oportuna de los auxilios de cesantías, según el recuento que se efectúa a continuación, basado en los soportes documentales que militan en el expediente /fls. 78, 84, 90, 96, 114, 128, 154, 178, 192 y 221/:

	DEMANDANTE	FECHA SOLICITUD	VENCIMIENTO DEL TÉRMINO DE 70 DÍAS	PAGO
1	AIDA NELY CRUZ QUINTERO	viernes, 28 de septiembre de 2018	lunes, 14 de enero de 2019	lunes, 18 de febrero de 2019
2	ALBA MARINA FRANCO GIRALDO	lunes, 20 de febrero de 2017	lunes, 5 de junio de 2017	miércoles, 13 de septiembre de 2017
3	DANIEL ALBERTO CARDONA CHICA	martes, 20 de noviembre de 2018	viernes, 1 de marzo de 2019	jueves, 14 de marzo de 2019
4	DAVID HERNANDO PACHECO VALENCIA	viernes, 23 de febrero de 2018	martes, 12 de junio de 2018	jueves, 31 de mayo de 2018
5	JHOINER ALFONSO MEJÍA CASTAÑEDA	miércoles, 23 de enero de 2019	martes, 7 de mayo de 2019	miércoles, 15 de mayo de 2019
6	JOMAIRO GONZÁLEZ OCAMPO	viernes, 1 de septiembre de 2017	jueves, 14 de diciembre de 2017	jueves, 25 de enero de 2018
7	JULIO CÉSAR OLIVEROS MURILLO	martes, 29 de diciembre de 2015	martes, 12 de abril de 2016	jueves, 4 de abril de 2019
8	SARA INÉS ÁLVAREZ	jueves, 26 de abril de 2018	lunes, 13 de agosto de 2018	lunes, 18 de febrero de 2019
9	CLAUDIA LUCÍA DÍAZ HENAO	jueves, 19 de julio de 2018	miércoles, 31 de octubre de 2018	jueves, 4 de abril de 2019
10	JORGE AUGUSTO BLANDÓN RENDÓN	miércoles, 19 de septiembre de 2018	miércoles, 2 de enero de 2019	lunes, 5 de agosto de 2019
11	JOSE MARIO RAMÍREZ ACEVEDO	jueves, 19 de julio de 2018	miércoles, 31 de octubre de 2018	jueves, 13 de diciembre de 2018
12	LORENA MEDINA RAMÍREZ	miércoles, 19 de septiembre de 2018	miércoles, 2 de enero de 2019	lunes, 18 de febrero de 2019
13	PAOLA PELÁEZ COQUECO	viernes, 20 de abril de 2018	lunes, 6 de agosto de 2018	lunes, 20 de mayo de 2019

Con base en lo expuesto, se originó a favor de los demandantes la sanción moratoria consagrada en las Leyes 244 de 1995 y 1071 de 2016, corolario del pago tardío del auxilio de cesantías, en la forma en la que se dispondrá ulteriormente, con excepción del accionante **DAVID HERNANDO PACHECO VALENCIA**, quien sí recibió el pago de las cesantías de manera oportuna, por lo que sus pretensiones no están llamadas a prosperar.

PRESCRIPCIÓN.

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, en concordancia con el artículo 102 Decreto 1848 de 1969, prevé:

“Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”.

En los casos sometidos a estudio de esta Sala de Decisión, no operó la prescripción, toda vez que entre la data de la mora y la presentación de la solicitud de reconocimiento de la sanción en cada uno de los casos, no transcurrieron más de 3 años, según se explica a continuación /fls. 73, 79, 85, 115, 121, 147, 154, 171/:

	DEMANDANTE	SANCIÓN MORATORIA	SOLICITUD
1	AIDA NELY CRUZ QUINTERO	15 de enero al 17 de febrero de 2019	martes, 28 de mayo de 2019
2	ALBA MARINA FRANCO GIRALDO	6 de junio al 12 de septiembre de 2017	martes, 28 de mayo de 2019
3	DANIEL ALBERTO CARDONA CHICA	2 al 13 de marzo de 2019	martes, 28 de mayo de 2019
4	DAVID HERNANDO PACHECO VALENCIA	NO HUBO MORA	NO APLICA
5	JHOINER ALFONSO MEJÍA CASTAÑEDA	8 al 14 de mayo de 2019	martes, 28 de mayo de 2019
6	JOMAIRO GONZÁLEZ OCAMPO	15 de diciembre de 2017 al 24 de enero de 2018	martes, 28 de mayo de 2019
7	JULIO CÉSAR OLIVEROS MURILLO	13 de abril de 2016 al 3 de abril de 2019	martes, 28 de mayo de 2019
8	SARA INÉS ÁLVAREZ	14 de agosto de 2018 al 17 de febrero de 2019	martes, 28 de mayo de 2019
9	CLAUDIA LUCÍA DÍAZ HENAO	1º de noviembre de 2018 al 3 de abril de 2019	miércoles, 8 de mayo de 2019
10	JORGE AUGUSTO BLANDÓN RENDÓN	3 de enero al 4 de agosto de 2019	miércoles, 8 de mayo de 2019
11	JOSE MARIO RAMÍREZ ACEVEDO	1º de noviembre al 12 de diciembre de 2018	miércoles, 8 de mayo de 2019
12	LORENA MEDINA RAMÍREZ	3 de enero al 17 de febrero de 2019	miércoles, 8 de mayo de 2019
13	PAOLA PELÁEZ COQUECO	7 de agosto de 2018 al 19 de mayo de 2019	miércoles, 8 de mayo de 2019

INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

Se ha considerado de vieja data que el objeto de la sanción moratoria no es otro que castigar la inercia de la administración ante la solicitud del pago de las cesantías, por lo que no ostenta una connotación laboral ni está prevista como mecanismo protector del valor de los ingresos del trabajador.

Así mismo, se ha pregonado que aplicar una corrección monetaria sobre la sanción, implicaría desconocer que la penalidad se reconoce sobre valores

actualizados, precisamente porque para su liquidación se toman los salarios de cada uno de los años en los que se produce la mora, lo que de por sí ya implica que las sumas han sido traídas a valor presente. En este sentido también se pronunció el máximo tribunal de esta jurisdicción en la misma sentencia de unificación:

“(...) [Por] no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económica que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo (...)”

Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico (...)”

Más recientemente, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo precisó que cuando termina la causación de la sanción moratoria, se consolida una suma fija o total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer indexar la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, regla que se armoniza con el mandato consagrado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011³.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

Sobre este particular, dijo el Consejo de Estado en fallo de 26 de agosto de 2019 (Exp. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)):

“ (...) *No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]*”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA” /Destaca la Sala/.

Por ende, con base en dicha postura, ratificada en sentencia del 29 de octubre de 2020⁴, la sanción reconocida deberá indexarse desde la fecha en que cesó la mora en cada uno de los casos, hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del canon 187 de la Ley 1437 de 2011.

COSTAS.

Se condenará en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM en virtud de lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, adicionado por el canon 47 de la Ley 2080 de 2021.

Como agencias en derecho se fija el 3% del total de las pretensiones, a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

DECLARASE la nulidad de los actos fictos originados con las peticiones presentadas el 8 y el 28 de mayo de 2019, con los cuales la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 1071 de 2006 a los accionantes **AIDA NELY CRUZ QUINTERO, ALBA MARINA FRANCO GIRALDO, DANIEL ALBERTO CARDONA CHICA, JHOINER ALFONSO MEJÍA CASTAÑEDA, JOMAIRO GONZÁLEZ OCAMPO, JULIO CÉSAR OLIVEROS MURILLO, SARA INÉS ÁLVAREZ, CLAUDIA LUCÍA DÍAZ HENAO, JORGE AUGUSTO BLANDÓN RENDÓN, JOSE MARIO RAMÍREZ ACEVEDO, LORENA MEDINA RAMÍREZ y PAOLA PELÁEZ COQUECO.**

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

En consecuencia, **CONDÉNASE** a la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** a reconocer y pagar a los accionantes la sanción moratoria de que trata el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1071/06, corolario del pago tardío de las cesantías reclamadas, de la siguiente manera:

	DEMANDANTE	SANCIÓN MORATORIA
1	AIDA NELY CRUZ QUINTERO	15 de enero al 17 de febrero de 2019
2	ALBA MARINA FRANCO GIRALDO	6 de junio al 12 de septiembre de 2017
3	DANIEL ALBERTO CARDONA CHICA	2 al 13 de marzo de 2019
5	JHOINER ALFONSO MEJÍA CASTAÑEDA	8 al 14 de mayo de 2019
6	JOMAIRO GONZÁLEZ OCAMPO	15 de diciembre de 2017 al 24 de enero de 2018
7	JULIO CÉSAR OLIVEROS MURILLO	13 de abril de 2016 al 3 de abril de 2019
8	SARA INÉS ÁLVAREZ	14 de agosto de 2018 al 17 de febrero de 2019
9	CLAUDIA LUCÍA DÍAZ HENAO	1º de noviembre de 2018 al 3 de abril de 2019
10	JORGE AUGUSTO BLANDÓN RENDÓN	3 de enero al 4 de agosto de 2019
11	JOSE MARIO RAMÍREZ ACEVEDO	1º de noviembre al 12 de diciembre de 2018
12	LORENA MEDINA RAMÍREZ	3 de enero al 17 de febrero de 2019
13	PAOLA PELÁEZ COQUECO	7 de agosto de 2018 al 19 de mayo de 2019

La sanción reconocida deberá indexarse desde la fecha en que cesó la mora en cada uno de los casos, hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del canon 187 de la Ley 1437 de 2011.

DENIÉGANSE las pretensiones del accionante **DAVID HERNANDO PACHECO VALENCIA.**

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 Código General del Proceso.

FÍJASE como agencias en derecho el 3% del total de las pretensiones, a cargo de la parte demandada y a favor de la parte demandante, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-005-2020-00177-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 150

La Sala de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora ANA RITA MOLINA RAMÍREZ, dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO por ella promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FNPSM).

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

I) La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto originado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 25 de septiembre de 2019, con el cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora desde los 70 días siguientes a la radicación de la solicitud de auxilio de cesantías, y hasta la fecha del pago total de dicho auxilio.

A título de restablecimiento del derecho, solicita:

- i) Se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la referida sanción por mora, equivalente a un (1) día de 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 la fecha del pago total de las cesantías reconocidas.
- ii) Condenar en costas a la entidad accionada.

CAUSA PETENDI.

- El 14 de noviembre de 2018 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 383 de 16 de mayo de 2019 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación fue cancelada el 21 de octubre de 2019 a través de entidad bancaria.
- Mediante el acto ficto demandado, el FNPSM negó el reconocimiento de la sanción por mora.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Se invocan: la Ley 91 de 1989, arts. 5º y 15; la Ley 244 de 1995, arts. 1º y 2º; la Ley 1071 de 2006, arts. 4º y 5º; y Ley 224 de 1995, arts. 1 y 2.

En suma, refiere que las leyes 244/95 y 1071/06 regularon el pago de las cesantías parciales y definitivas a los servidores públicos, determinando un término de quince (15) días para su reconocimiento, contado a partir de la radicación de la solicitud, y cuarenta y cinco (45) días para su pago, una vez se expida el acto administrativo correspondiente. Con todo, rememora, la jurisprudencia ha interpretado que el reconocimiento y pago no debe superar los setenta (70) días hábiles después de haberse radicado la petición, y no obstante,

añade, el FNPSM cancela por fuera de ese término, acarreándole con ello una sanción equivalente a un (1) día de salario del docente, contado a partir de aquel lapso hasta el momento en que cancela la prestación deprecada.

Para brindarle sustento a lo argüido, reproduce amplios apartes de múltiples providencias proferidas por el H. Consejo de Estado, insistiendo de este modo se acceda a las súplicas formuladas en el *sub lite*.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** no contestó la demanda, según consta en el documento digital N°9.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez 5º Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 13 del expediente electrónico. Como razón básica de la decisión, luego de hacer un esbozo sobre las reglas que rigen el reconocimiento de la sanción por mora por el pago tardío de las cesantías, expuso el funcionario judicial que en el caso concreto la entidad demandada superó los términos de ley, por lo que concedió la sanción entre el 26 de febrero y el 20 de octubre de 2019, suma que deberá actualizarse conforme lo prevé el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

Con base en lo anterior, declaró nulo el acto administrativo demandado, ordenando al FNSPM pagar a la parte demandante la sanción por mora prevista en la Ley 1071 de 2006 por el lapso indicado, liquidada con base en el salario de 2018.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 16, centrando su desacuerdo en la fecha tenida en cuenta por la jueza de primera instancia para el pago de las cesantías, que en su sentir tuvo lugar el 16 de octubre de 2019, lo que impacta en la mora reconocida. Además, menciona que el Consejo de Estado ha establecido la improcedencia de la indexación de la sanción moratoria reconocida.

Finalmente, solicitó que en caso de fallar a favor de la parte actora no sea condenada en costas en ninguna de las instancias, en tanto no ha incurrido en actos temerarios.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue por modo la parte demandante, se declare la nulidad del acto ficto con la cual se negó el reconocimiento y pago de la sanción por mora establecida en la Ley 1071 de 2006 a raíz del pago tardío del auxilio de cesantías.

CUESTIÓN PREVIA.

Resulta oportuno rememorar que en asuntos análogos al tratado en el *sub exámine* (relacionados con la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías), este órgano colegiado¹ ha concluido, en suma, (i) que se aplica, por identidad, el fallo de fecha veintisiete (27) de marzo de 2007 emanado del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo², en el sentido de que esta jurisdicción ha de asumir el conocimiento de controversias como la aquí

¹ Tribunal Administrativo de Caldas: Sentencia del 7 de marzo de 2013, Rads. 17001-23-33-000-2012-00012-00 y 17001-23-33-000-2012-00080-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez. También: Sentencia del 26 de abril de 2013, Rad. 17-001-23-33-000-2012-00011-00; Demandado: Nación – Ministerio de Educación – FNPSM; M.P. William Hernández Gómez; entre otras.

² Rad. 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ). Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

instaurada (art. 104 C/CA) a través del medio de control efectivamente ejercido; y (ii), que la Ley 1071 de 2006 se aplica íntegramente al régimen especial de los docentes, de suerte que la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ha de acatar el mandato allí contenido, alusivo al reconocimiento y pago oportuno de las cesantías parciales y definitivas.

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

- *¿Procede la sanción moratoria contemplada en la Ley 1071/06, en casos de pago extemporáneo de las cesantías?*

En caso afirmativo,

- *¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?*
- *¿Hay lugar a indexar la suma concedida en virtud de la sanción moratoria?*
- *¿Procedía la condena en costas en primera instancia?*

(I)

LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO EXTEMPORÁNEO DE CESANTÍAS

El artículo 4º de la Ley 1071 de 2006, "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 DAN TÉRMINOS PARA SU CANCELACIÓN", establece a letra:

"...Términos. Dentro de los quince (15) días

hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios (sic), la entidad empleadora o aquella (sic) tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta deberá informársele al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente los documentos y/o requisitos pendientes.

Una vez aportados los documentos y/o requisitos pendientes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo”. /Resaltado es del texto. Subrayas son del Tribunal/.

De este modo se infiere que la entidad a cargo, dispone de un plazo máximo de quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías, definitivas o parciales, para expedir la resolución correspondiente, claro está, siempre que la petición reúna todos los requisitos determinados en la ley.

Por su parte, el artículo 5º *ibidem* en su primer inciso prevé que la entidad, para efectuar el pago, dispone de un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de la fecha en que quede en firme el acto administrativo que lo ordena. Ese canon es del siguiente tenor:

“...**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...”.

Los dispositivos normativos reproducidos se encuentran dotados de enunciados propios de las normas deónticas o regulativas, estas son, que mandan, permiten, prohíben o castigan. De ahí que, ha sostenido la Sala, la mentada Ley 1071 es una típica regla o norma jurídica de acción, erigida en aras de soslayar ponderación alguna por parte de la administración, por cuanto una vez reunidas las condiciones de aplicación, los términos empleados en la preceptiva legal son concluyentes y perentorios, tal y como acaece en el asunto de reconocimiento y pago oportuno de las cesantías.

Conforme a lo expuesto, se tiene que la Ley 1071 y en consonancia con el precepto 345 de la Carta, prevé un tiempo prudencial, calculado en sesenta (60) días, para hacer las apropiaciones presupuestales de ley y los trámites correspondientes. Por ende, tal situación no se perfila como excusa válida para el reconocimiento y pago tardío de esas prestaciones sociales.

Aunadamente, resalta el Tribunal, la teleología de la norma se contrae a la pronta atención de las solicitudes de liquidación de las cesantías (parciales o definitivas), y no es para menos, en tanto no puede pasarse por alto que las cesantías son ahorros del servidor público, administrados por el Estado-patrono para entregarle a aquél en el momento que lo necesite, bien si queda cesante definitivamente o bien en los eventos que la ley autoriza para el anticipo parcial de las mismas (en esencia, por vivienda o educación).

Así las cosas, concluye este Juez Plural que los términos perentorios contenidos en la Ley 1071, dentro de los cuales debe reconocerse y pagarse las cesantías, deben cumplirse so pena de la sanción moratoria de que trata el párrafo de su artículo 5º:

“...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...”.

Para efectos de la sanción moratoria, en la pluricitada sentencia emanada del H. Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, el veintisiete (27) de marzo de 2007, se expuso con suficiencia que de reconocerse y pagarse las cesantías tardíamente, se debe computar el término desde la fecha de presentación de la solicitud de liquidación o anticipo. Sumado a ello, el Alto Tribunal sostuvo sobre el particular lo siguiente:

“...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 Ley 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...

...

...

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 acudirse a este medio,

el cometido protecciónista 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...” /Anotación entre paréntesis, líneas y resaltado son de la Sala/.

Cabe anotar que el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, modificado por su similar 1272 de 2018 establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.26. Remisión del acto administrativo notificado y ejecutoriado que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías. Una vez notificado y ejecutoriado el acto administrativo definitivo que resuelve las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la entidad territorial certificada en educación deberá subir y remitir este acto administrativo inmediatamente a través de la plataforma empleada para tal fin.

ARTÍCULO 2.4.4.2.3.2.27. Pago de los reconocimientos de cesantías. Dentro de los 45 días hábiles siguientes a la notificación y ejecutoria del acto administrativo que reconoce las solicitudes de reconocimiento de cesantías parciales o definitivas, la sociedad fiduciaria deberá efectuar los pagos correspondientes”.

En punto a la notificación del acto administrativo con el cual se reconoce y ordena el pago de cesantías, el H. Consejo de Estado en sentencia datada el 28 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-2015), señaló:

“97. Debe partirse de la base que se está ante el acto administrativo escrito que reconoció la cesantía expedido

dentro de los 15 días que se tienen para resolver el asunto.

Es de considerar, que este acto al ser de naturaleza particular debe ser notificado personalmente en los términos del artículo 67 del CPACA, para lo cual el ente gubernativo tuvo que consultar el contenido de la petición sobre el particular, esto es, si el peticionario habilitó la notificación por medio de electrónico, en cuyo caso, se surtirá a través de este medio; o si por el contrario deberá acometerse conforme a la norma procesal.

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.

99. En el segundo evento, el ente gubernativo debió remitir citación al interesado dentro de los 5 días siguientes a la expedición del acto de reconocimiento de la cesantía con el propósito de notificarlo personalmente conforme al artículo 68 del CPACA, y si éste no concurrió dentro de los 5 días posteriores al recibo de la notificación, correspondía hacerlo por aviso remitido a la misma dirección del requerimiento de comparecencia atendiendo la previsión del canon 69 *ibidem*; en cuyo caso, el acto se entendió notificado al día siguiente de su recibo. Para esta situación, la ejecutoria del acto se computará pasado el día siguiente al de entrega del aviso, o de la notificación personal si el interesado concurrió a ella.

100. Como conclusión a lo anterior, ha de indicar la Sala de Sección que los términos que tiene la administración para llevar al conocimiento del interesado el contenido de su acto administrativo, esto es, para notificarlo, no pueden computarse como días de sanción moratoria, pues es evidente y así lo previó el legislador que la notificación por regla general ocurre después de proferida la decisión, y que además es la circunstancia que refleja el deber de la entidad de informarla a su destinatario.

(...)

102. Siendo prácticos, en casos donde existe acto escrito que reconoce las cesantías, el término de ejecutoria y, por ende, los 45 días hábiles posteriores a ésta para que ocurra su pago efectivo, solo empezarán a correr una vez se verifica la notificación en los estrictos términos señalados” /Resaltados de la Sala/.

En el presente asunto, encuentra acreditado el Tribunal que la señora ANA RITA MOLINA RAMÍREZ solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 14 de noviembre de 2018, prestación reconocida con la Resolución N° 383 el 16 de mayo de 2019 (PDF N°2, págs. 19-21).

En la sentencia de unificación proferida el 18 de julio de 2018 (Exp. 73001-23-33-000-2014-00580-01(4961-15) CE-SUJ2-012-18), el Consejo de Estado determinó las reglas aplicables al cómputo de la sanción moratoria, dependiendo de la expedición del acto de reconocimiento y su notificación, y en lo que atañe al caso concreto estableció la siguiente hipótesis:

“(…)

HIPOTESIS	NOTIFICACION	CORRE EJECUTORIA	TÉRMINO PAGO CESANTÍA	CORRE MORATORIA
-----------	--------------	------------------	-----------------------	-----------------

(...)"

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
------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------	-------------------------------------	-----------------------------------

En ese orden, el tiempo límite de 70 días para efectuar el pago expiraba el 25 de febrero de 2019, mientras que su pago tuvo lugar el 21 de octubre de 2019, fecha que ha de tenerse como base para el cálculo de la sanción (PDF N°2, pág. 25), y por ende, el cómputo efectuado por el despacho de primera instancia ha de reputarse correcto.

Respecto al planteamiento de la entidad demandada, según el cual el pago ocurrió el 16 de octubre de 2019, este raciocinio contrasta con lo que fue debidamente acreditado en el proceso, pero además, ningún medio de convicción allegó la llamada por pasiva dentro de las oportunidades legales para desvirtuar la data tenida en cuenta por el juez, que como se dijo, se basó en las pruebas aportadas con el libelo introductor. Por esta razón, no resulta de recibo para esta colegiatura.

INDEXACIÓN DE LA SANCIÓN MORATORIA

La parte accionada también cuestiona la orden de actualización de la condena impuesta, con base en el artículo 187 del C/CA, teniendo en cuenta el IPC.

Se ha considerado de vieja data que el objeto de la sanción moratoria no es otro que castigar la inercia de la administración ante la solicitud del pago de las cesantías, por lo que no ostenta una connotación laboral ni está prevista como mecanismo protector del valor de los ingresos del trabajador.

De otro lado, aplicar una corrección monetaria sobre la sanción, implicaría desconocer que la penalidad se reconoce sobre valores actualizados,

precisamente porque para su liquidación se toman los salarios de cada uno de los años en los que se produce la mora, lo que de por sí ya implica que las sumas han sido traídas a valor presente. En este sentido también se pronunció el máximo tribunal de esta jurisdicción en la misma sentencia de unificación:

“(...) [Por] no tratarse [la sanción moratoria] de un derecho laboral, sino de una penalidad de carácter económico que sanciona la negligencia del empleador en la gestión administrativa y presupuestal para reconocer y pagar en tiempo la cesantía, no es procedente ordenar su ajuste a valor presente, pues, se trata de valores monetarios que no tienen intención de compensar ninguna contingencia relacionada con el trabajo ni menos remunerarlo (...)”

Ahora bien, esta situación debe ser mirada desde la óptica de ser una sanción que se causó al constituirse en mora y cesar con el pago de la cesantías, y ese contexto, la sentencia que la reconoce simplemente declara su ocurrencia y la cuantifica, sin que ello implique el incumplimiento de una obligación generada por ministerio de la ley, tratándose de empleados públicos, susceptible de ser ajustada con los índices de precios al consumidor, cuyo propósito es mantener la capacidad adquisitiva y la finalidad que la justifica en el ordenamiento jurídico (...)”

Más recientemente, el supremo tribunal de lo contencioso administrativo ha pregonado que cuando termina la causación de la sanción moratoria, se consolida una suma fija o total que sí es objeto de ajuste, por lo que sí es procedente reconocer indexar la condena impuesta, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, regla que se armoniza con el mandato consagrado en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011³.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 26 de agosto de 2019. Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18).

Sobre este particular, dijo el Consejo de Estado en fallo de 26 de agosto de 2019 (Exp. 68001-23-33-000-2016-00406-01(1728-18)):

“ (...) No obstante, es importante precisar la frase consignada en la sentencia de unificación reseñada, cuando indica que “[...] Sin embargo, ello no implica el ajuste a valor de la condena eventual, en los términos descritos en el artículo 187 del CPACA.[...]”, porque ha dado lugar a varias interpretaciones entre quienes consideran que 1) sí hay lugar a aplicar el artículo 187 desde que termina de causarse la sanción, 2) quienes señalan que la indexación opera luego de la ejecutoria de la sentencia y 3) aquellos que entienden que en ningún caso hay lugar a la indexación de la sanción moratoria como tal. Por tanto, según el contexto de la sentencia de unificación, aquella quiso precisar que no es posible indexar la sanción moratoria mientras esta se causa, sin que ello sea obstáculo para aplicar el artículo 187 del CPACA por tratarse de una condena al pago de una cantidad líquida de dinero.

De lo anterior se colige que la interpretación que más se ajusta a la sentencia de unificación es la siguiente: Por lo tanto, a) mientras se causa la sanción moratoria día a día esta no podrá indexarse. b) cuando termina su causación se consolida una suma total, ese valor total sí es objeto de ajuste, desde la fecha en que cesa la mora hasta la ejecutoria de la sentencia - art. 187 - y c) una vez queda ejecutoriada la condena no procede indexación sino que se generan los intereses según lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA” /Destaca la Sala/.

Por ende, con base en dicha postura, ratificada en sentencia del 29 de octubre de 2020⁴, la sanción reconocida deberá indexarse desde la fecha en que cesó la mora hasta la ejecutoria de la sentencia, en los términos del canon 187 de la Ley 1437 de 2011, por lo que no habrá lugar a modificar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

LAS COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA

Finalmente, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNSPM impetra que se revoque la condena en costas impuesta en primera instancia, petición sobre la cual no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno, toda vez que en este caso no hubo condena por dicho concepto en el fallo apelado.

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 5º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por la señora **ANA RITA MOLINA RAMÍREZ** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.**

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. C.P. William Hernández Gómez. Radicación: 70001-23-31-000-2005-00025-01(0800-18)

COSTAS en esta instancia a cargo de la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM.
Sin agencias en derecho en esta instancia.

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00014-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 151

La Sala 4^a de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor ANDRÉS FELIPE BERMÚDEZ MONTOYA dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por él promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 363 de 8 de septiembre de 2021.

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

sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

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

Finalmente, planteó como excepciones de fondo las denominadas ‘**LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ATACADOS DE NULIDAD**’, basada en que dio estricto cumplimiento a las normas legales; ‘**INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; y ‘**CONDENA EN COSTAS**’, para lo cual implora que se valore la conducta de las partes.

EL DEPARTAMENTO DE CALDAS hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°12, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a

cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

Como excepciones, formuló las de 'FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA', porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, y su pago corresponde a la FIDUCIARIA LA PREVISORA, contra quienes debió dirigirse la demanda; 'BUENA FE', atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; 'INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY', reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores; y 'PRESCRIPCIÓN', atendiendo los mandatos de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 32 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses a las cesantías el 27 de marzo de 2021, es decir, dentro del plazo establecido en el Acuerdo N°39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N°34, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

Afirma que en el sub lite no es necesario estudiar cuál es la entidad competente para reconocer y pagar el auxilio de cesantías, sino determinar la competencia para efectuar su consignación en el FNPSM, precisando que dicha carga atañe a

la NACIÓN. Insiste en que se acuda a la interpretación unificada de la Corte Constitucional acerca de la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a los docentes afiliados al FNPSM, y que la indemnización contenida en la Ley 52 de 1975 hace parte integral del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N°7 del cuaderno digital N°2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la

accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetrata se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

“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/.

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

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

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

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

Artículo 8°. Reporte de información de las entidades territoriales. Las entidades territoriales que administren plantas de personal docente pagadas con recursos del Sistema General de Participaciones y/o con recursos propios, reportarán a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, dentro de los primeros diez (10) días

de cada mes, copia de la nómina de los docentes activos afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

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

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

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

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

El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según

los criterios definidos en la Ley 715 de 2001.
Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

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

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

en cuenta en lo pertinente el Decreto 2019 de 2000.

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

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

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

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

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

y de las mesadas pensionales de los maestros (...) /Destacado del Tribunal/”.

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación 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>
-----------------------------------------------	------------------------------------------

<p><i>Salario:</i> \$1.200.000 <i>Saldo total de cesantías:</i> \$12.000.000 - <i>Valor liquidación de cesantías por el año 2017:</i> \$1.200.000 - <i>Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):</i> <u>\$400.000</u></p>	<p><i>Salario: \$1.200.000</i> <i>Saldo total de cesantías:</i> \$12.000.000 - <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):</i> <u>\$840.840</u></p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

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

magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 20 del documento PDF N° 4, por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6^º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **ANDRÉS FELIPE BERMÚDEZ MONTOYA** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por él promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

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

RECONCÓCESE personería a las abogadas **SANDRA MILENA BURGOS BELTRÁN** (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y **LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ** (C.C.

N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 9-10 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PÍO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00076-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 152

La Sala 4^a de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor JHON FREDY CASTAÑEDA CASTRO dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 251 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

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

Finalmente, planteó como excepción la denominada ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías.

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

Como excepciones, formuló las de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, porque la entidad a cargo del reconocimiento de las prestaciones docentes es el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, y su pago corresponde a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA**, contra quienes debió

dirigirse la demanda; ‘BUENA FE’, atendiendo a que en lo que es de su competencia, siempre ha diligenciado de manera correcta los actos administrativos para el posterior pago de las prestaciones docentes; e ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN CON FUNDAMENTO EN LA LEY’, reiterando que no tiene obligaciones relacionadas con el pago de las prestaciones de los educadores.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 29 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses a las cesantías dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La parte demandante apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 31, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el

plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

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

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

CONSIDERACIONES

DE LA

SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 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/.

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

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

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

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

recursos del Fondo, la información indicada en el artículo 8° del presente decreto.

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

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

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

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

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

Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año.

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

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

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

Artículo 10. Giro de los aportes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con cargo a la participación para educación de las entidades territoriales en el Sistema General de Participaciones, girará directamente al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, descontados del giro mensual, en las fechas previstas en la Ley 715 de 2001, los

aportes proyectados conforme al artículo anterior de acuerdo con el programa anual de caja PAC, el cual se incorporará en el presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

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

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

Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

prestaciones sociales de los educadores. Para tal efecto, la normativa parcialmente reproducida establece la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada profesor, como sí ocurre en el canon 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>
<p>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></p>	<p>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></p>

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

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

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

CASO CONCRETO

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

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

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 27 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JHON FREDY CASTAÑEDA CASTRO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

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

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00109-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 153

La Sala 4^a de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora LILIANA REINOSA RAMÍREZ dentro del proceso de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido contra la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FNPSM) y el DEPARTAMENTO DE CALDAS.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 360 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

constitucional en la Sentencia SU-098/18. Además, afirma que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para el grueso de servidores.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

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

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; e ‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ con la cual alude a una indebida denominación del acto demandado.

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 20 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses a las cesantías dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte

actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 22, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N°7 del cuaderno digital N°2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de

los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetrar se confirme el fallo impugnado.

**CONSIDERACIONES
DE LA
SALA DE DECISIÓN**

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

“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/.

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

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

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

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

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

igualmente, reportarán dentro del mismo período las novedades de personal que se hayan producido durante el mes inmediatamente anterior.

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

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

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

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

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

Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.

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

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

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“62. Para efectos de ilustrar la diferenciación existente entre uno y otro régimen y en aras que de manera práctica se refleje la materialización de las particularidades de cada sistema de liquidación, se hará un ejemplo de la aplicación 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>
-----------------------------------------------	------------------------------------------

<p><i>Salario:</i> \$1.200.000 <i>Saldo total de cesantías:</i> \$12.000.000 - <i>Valor liquidación de cesantías por el año 2017:</i> \$1.200.000 - <i>Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):</i> <u>\$400.000</u></p>	<p><i>Salario:</i> \$1.200.000 <i>Saldo total de cesantías:</i> \$12.000.000 - <i>Valor liquidación de cesantías por el año 2017:</i> \$1.200.000 - <i>Valor de los intereses a las cesantías (DTF: 6.37% sobre todo el saldo de cesantías):</i> <u>\$840.840</u></p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

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

magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que la demandante es docente afiliada al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 23 del documento PDF N° 4 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto. En virtud de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **LILIANA REINOSA RAMÍREZ** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

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

RECONCÓCESE personería a las abogadas **SANDRA MILENA BURGOS BELTRÁN** (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y **LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ** (C.C.

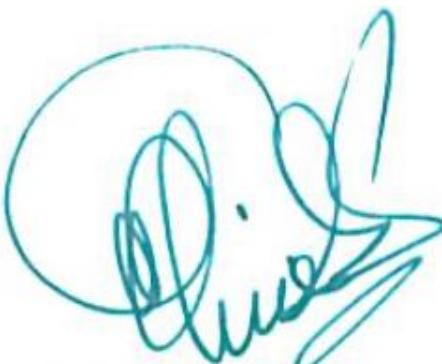
N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 8-10 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PÍO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00118-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 154

La Sala 4^a de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor GÉIMAR ALONSO VALENCIA BETANCURT dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 230 de 8 de septiembre de 2021.

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

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

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

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM no contestó la demanda, según consta en el documento PDF N°10, página 3.

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

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 14 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el

Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses a las cesantías dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 16, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

controvierte que el régimen docente sea más favorable que el general tratándose de los intereses a las cesantías, pues lo que reciben sigue siendo inferior a la tasa del 12% que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

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

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

Finalmente, acota que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar dictar sentencia que acoja sus pretensiones, por cuanto las entidades competentes para consignar los recursos de las cesantías de 2020 excedieron los

términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Con el memorial que milita en el documento N°7 del cuaderno digital N°2, la parte demandada se pronunció sobre el recurso de apelación interpuesto por la accionante contra la sentencia de primera instancia, reiterando que de acuerdo con el marco aplicable a los docentes oficiales, no es posible la apertura de cuentas individuales para la consignación de cesantías, por lo que resulta inaplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990. Así mismo, indica que el acuerdo expedido por el Consejo Directivo del FNPSM que regula el pago de los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetrata se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)
RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

“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/.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

presupuesto de las entidades territoriales sin situación de fondos.

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

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

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

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

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

...

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

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995¹ hizo extensiva a los servidores públicos la protección del derecho a percibir oportunamente la liquidación definitiva de sus

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

cesantías al término del vínculo laboral, introduciendo una sanción por cada día de retardo en el pago de la referida prestación, sin mencionar que esta penalidad se aplique para los casos de mora en su consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006², que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

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

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

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

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

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

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

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

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

SOCIALES DEL MAGISTERIO -FNPSM cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicable en el *sub lite*.

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

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

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

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

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

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

magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

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

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 22 del documento PDF N° 4, por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **GEIMAR ALONSO VALENCIA BETANCURT** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

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

RECONCÓCESE personería a las abogadas **SANDRA MILENA BURGOS BELTRÁN** (C.C. N° 45'532.162 y T.P. N° 132.578) y **LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ** (C.C.

N° 1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N° 8-10 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBlio MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-39-006-2022-00164-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4^a DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, primero (1^º) de SEPTIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 155

La Sala 4^a de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **LUIS ALBERTO RAMÍREZ RESTREPO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** (en adelante FNPSM) y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declare la nulidad del Oficio NOM 594 de 12 de octubre de 2021.

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

sobre las sumas reconocidas así como los intereses de mora y se condene en costas al extremo pasivo de esta controversia.

CAUSA PETENDI

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

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

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

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

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

De otro lado, insiste en que al ramo docente les resultan aplicables los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de

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

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

La **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM** contestó la demanda con el documento digital N°7 del expediente, oponiéndose a las pretensiones formuladas por la parte accionante, para lo cual, luego de efectuar un recuento de las principales características del régimen de cesantías docentes y diferenciarlos con los demás servidores públicos, concluye que en el caso de los educadores no existe la consignación en una cuenta individual, sino el traslado de los recursos desde el primer mes de cada vigencia fiscal. Por ende, considera que no resulta aplicable la sanción establecida en la Ley 50 de 1990, en tanto esta penalidad aplica para la consignación tardía de cesantías, operación financiera inexistente en el caso de los profesores afiliados al FNPSM. Así mismo, plantea que en caso de acceder a las súplicas de la parte demandante se desatendería el principio de inescindibilidad de los regímenes de cesantías.

Finalmente, planteó como excepciones las denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’, reiterando la imposibilidad jurídica de aplicar las sanciones deprecadas, por cuanto al ramo docente no se aplica el sistema de cuentas individuales para la consignación de cesantías; e ‘INEPTITUD SUSTANCIAL DE LA DEMANDA POR FALTA DE LOS REQUISITOS FORMALES’ con la cual alude a una indebida denominación del acto demandado.

EL DEPARTAMENTO DE CALDAS hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°8, en el que planteó que la sanción por mora deprecada es inaplicable por cuanto no se encuentra consagrada en la Ley 91 de 1989, además, dicha sanción tampoco es de su responsabilidad, pues cumplió a cabalidad con todo el trámite que por ley le compete tratándose del reconocimiento y pago de las cesantías docentes.

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

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 6^a Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 16 del expediente electrónico.

En primer término, argumentó que los docentes tienen un régimen de cesantías propio, consagrado en la Ley 91 de 1989, que difiere en grado sumo de aquel retroactivo establecido para los servidores territoriales en la Ley 6/45 y el Decreto 1160/46, y del anualizado, previsto para los empleados del sector privado en la Ley 50 de 1990, que se hizo extensivo posteriormente a los servidores públicos mediante la Ley 344/96 (art. 13), por ende, las normas que regulan las cesantías de otros servidores no se aplican a los educadores, sin que por ello pueda predicarse vulneración del derecho a la igualdad.

De ahí que considere que tampoco pueda hablarse de la obligación legal de consignar el auxilio de cesantías docentes en una cuenta individual, como ocurre con los demás empleados, pues se trata de la asignación de recursos de manera genérica al FNPSM.

Al evaluar el caso concreto, precisó que la entidad fiduciaria administradora del fondo consignó los intereses a las cesantías dentro del plazo establecido en el Acuerdo N° 39 de 1998, y reiteró que las sanciones deprecadas por la parte

actora no resultan aplicables al régimen especial de los docentes, al paso que su aplicación implicaría desatender el principio de inescindibilidad normativa.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO.

La **parte demandante** apeló la sentencia de primer grado con el escrito que se halla en el archivo electrónico N° 18, destacando que el Consejo de Estado ha pregonado la importancia de la consignación de las cesantías a los docentes en el respectivo fondo, para que este pueda ser un derecho efectivo, independiente que exista o no una cuenta individual para cada educador, y que la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 ha de aplicarse a los docentes en virtud del principio de favorabilidad (sentencia de 3 de marzo de 2022, M.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 - 2660-2020) .

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

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

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

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

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

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

los intereses a las cesantías se halla vigente, por lo que es la normativa aplicable a los educadores. Por lo anterior, impetrar se confirme el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I) RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

“Artículo 15. A partir de la vigencia de la presente Ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 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/.

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

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

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

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

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

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

Los reportes mensuales se realizarán de acuerdo con los formatos físicos o electrónicos

establecidos por la sociedad fiduciaria encargada del manejo de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

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

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

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

Parágrafo 1°. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar

las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, reportando la información que sustente esta situación. En los eventos en que el ente territorial no dé respuesta dentro del plazo estipulado, se dará aplicación a lo previsto en el artículo siguiente.

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

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

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

Artículo 11. Ajuste de cuantías. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo,

julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por el contrario, en armonía con lo expuesto en el primer apartado en este fallo, resulta menester concluir que los docentes afiliados al FNPSM tienen su propio régimen de cesantías e intereses, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003 así como el Decreto 3752 de 2003, por lo que la sanción por mora establecida en la Ley 50 de 1990 únicamente se torna aplicable a los docentes pertenecientes al fondo ante la omisión de afiliación por el ente territorial, o

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

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

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

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

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

la tardanza de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar como pasivo de cesantías, eventos que se distancian en grado sumo de la situación planteada a esta colegiatura, y por lo mismo, las providencias mencionadas por la parte actora como fundamento de sus pretensiones carecen de aplicación en el presente asunto.

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

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

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

<i>Trabajador beneficiario de Ley 50/1990</i>	<i>Docente cobijado por la Ley 91/89</i>
<i>Salario: \$1.200.000 Saldo total de cesantías: \$12.000.000 - Valor liquidación de cesantías por el año 2017: \$1.200.000</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%)</i>

<p>- <i>Valor de los intereses a las cesantías (12% anual):</i> <u>\$400.000</u></p>	<p><i>sobre todo el saldo de cesantías):</i> <u>\$840.840</u></p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el saldo total de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la totalidad del saldo, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.

64. Lo anterior, muestra que si bien el legislador no consagró la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías anualizada a favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello obedece a que contempló otros beneficios de los que no

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

goza la población destinataria del régimen establecido en la Ley 50 de 1990, en atención a las particularidades que contiene cada régimen, motivo por el que no se comparte lo sostenido por la Corte al señalar que «el régimen especial al que está sometido el actor no contempla la sanción que solicita, situación distinta sería que su régimen lo contemplara o que, en su lugar, se estableciera otro tipo de beneficios o sanciones, lo cual, en este caso no se evidencia.” /Negrillas fuera de texto/.

CASO CONCRETO

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

Analizados los pormenores del caso, se tiene que el demandante es docente afiliado al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FNPSM conforme se desprende de la información contenida en el extracto de intereses a las cesantías que milita en el folio 76 del documento PDF N°2 , por lo que de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de sus cesantías e intereses, se rige por las normas especiales para los educadores, y no por aquellas disposiciones cuya aplicación impetra en este juicio subjetivo de anulación, por lo que resultaba menester denegar las pretensiones planteadas a este respecto.

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 6º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **LUIS ALBERTO RAMÍREZ RESTREPO** dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** por ella promovido contra la **NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS.**

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

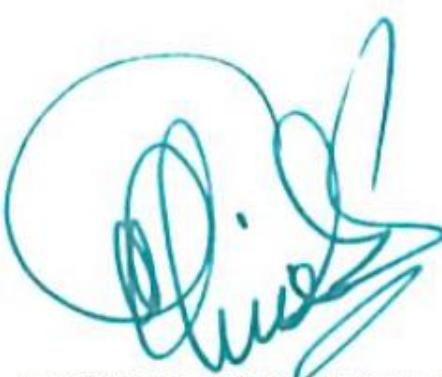
RECONCÓCESE personería a las abogadas CATALINA CELEMÍN CARDOSO (C.C. N°1.110'453.991 y T.P. N° 201.409) y LAURA VICTORIA ALZATE RAMÍREZ (C.C. N°1094'968.059 y T.P. N° 342.530) como apoderadas principal y sustituta, en su orden, de la parte demandada, en los términos del poder a ellas conferido (PDF N°5-6 CDNO. 2).

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

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 043 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBlio MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Administrativo de Caldas

Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Radicación	17001 23 33 000 2023 00034 00
Medio de control:	Repetición
Demandante:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Demandado:	Nelson Antonio Serna Salazar

Procede el Despacho a resolver sobre la solicitud de medida cautelar deprecada por la parte accionante.

I. Antecedentes.

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional presentó demanda dentro del medio de control de repetición, la cual fue admitida mediante auto interlocutorio 125 del 16 de junio de 2023.

El pasado 29 de agosto pasó el proceso a despacho informando que, el 21 de junio de 2023 se libró citación para notificación personal (Documento 011 del expediente digital), y que la empresa de correos 4 – 72 certificó que quien recibió el documento fue el señor Nelson Antonio Serna Salazar (Documento 013 del expediente digital). No obstante, el demandado no compareció a notificarse del auto admisorio.

El día 3 de agosto de 2023 se allegó por la parte demandante solicitud de medida cautelar consistente en el embargo de bienes sujetos a registro del demandado, aportando el certificado de tradición número 100-60197, para que, sobre éste, recaiga la medida de embargo y secuestro.

II. Consideraciones

1. De la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

Los artículos 45, 46 y 47 de la Ley 2195 de 18 de enero de 2022, “*Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la*

corrupción y se dictan otras disposiciones”, vigente al momento de presentación de la demanda disponen:

“**Artículo 45.** Modifíquese el Artículo 23 de la Ley 678 de 2001, el cual quedara así:

Artículo 23. Medidas Cautelares. En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de los bienes del demandado según las reglas del Código General del Proceso.

Sera procedente el embargo de salarios sin transgredir los límites establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo y lo dispuesto en el Decreto Ley 3135 de 1968 y la Ley 1429 de 2010 en cuanto a servidores públicos.

Artículo 46. Modifíquese el Artículo 24 de la Ley 678 de 2001, el cual quedara así:

Artículo 24. Oportunidad para las Medidas Cautelares. La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda o del llamamiento en garantía, decretara las medidas cautelares que se hubieren solicitado conforme el Artículo anterior.

Artículo 47. Modifíquese el Artículo 25 de la Ley 678 de 2001, el cual quedara así:

Artículo 25. Embargo de bienes y salarios y secuestro de bienes sujetos a registro. A solicitud de la entidad que interponga la acción de repetición o que solicite el llamamiento en garantía, la autoridad judicial decretara el embargo de bienes y salarios y podrá decretar el secuestro de bienes sujetos a registro, para el efecto librara oficio a las autoridades competentes para que hagan efectiva la medida en los términos previstos en el Código General del Proceso.

El secuestro de los bienes sujetos a registro se practicará una vez se haya inscrito el embargo y siempre que en la certificación expedida por las autoridades competentes aparezca el demandado como su titular.” (Subraya el Despacho).

Al revisar el certificado de tradición aportado con la solicitud de medida cautelar se encuentra lo siguiente:

- Certificado de tradición de matrícula inmobiliaria número 100-60197 de 2 de agosto de 2023.
- Círculo registral: 100 Manizales, departamento Caldas, municipio Villamaría.
- Anotación: Nro: 9. Doc: escritura 5518. Especificación: Promotora de Vivienda Militar y de Policía antes Caja Promotora de Vivienda Militar (BF:26679/08-11-2005 MLS). Personas que intervienen en el acto (X-Titular de derecho real del dominio, I-Titular de dominio incompleta) De: Galeano Álzate Jorge Hernán A: Serna Salazar Nelson

Antonio. Fecha 08/11/2005. Modo de adquisición: 0125 Compraventa - con Subsidio otorgado por la caja.

Y, aparece como última anotación la siguiente:

Anotación: Nro: 11. Doc: Escritura 5518. Especificación: Personas que intervienen en el acto (X-Titular de derecho real del dominio, I-Titular de dominio incompleto) A: Serna Salazar Nelson Antonio Fecha 08/11/2005. Limitación al dominio Radicación 2005-21844. 0304 afectación a Vivienda Familiar.

El artículo 7 de la Ley 258 de 1996 *“Por la cual se establece la afectación a vivienda familiar y se dictan otras disposiciones”*, contempla:

“Artículo 7. Inembargabilidad. Los bienes inmuebles bajo afectación a vivienda familiar son inembargables, salvo en los siguientes casos:

1. *Cuando sobre el bien inmueble se hubiere constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar.*
2. *Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda.”*

Del artículo en mención queda claro que, los bienes inmuebles afectados a vivienda familiar son inembargables, salvo las excepciones allí expuestas; y, en este caso, la parte demandante solicitó la medida de embargo de un bien inmueble propiedad del demandado señor Nelson Antonio Serna Salazar; bien inmueble que según el certificado de tradición aportado por la misma demandante tiene limitación de dominio de afectación a vivienda familiar, como última anotación vigente.

Baste lo expuesto, para negar la medida cautelar solicitada por la parte demandante, consistente en el embargo y secuestro de los bienes del demandado Nelson Antonio Serna Salazar.

III. Resuelve

Primero: Negar la medida cautelar solicitada por la parte demandante.

Segundo: Una vez ejecutoriado el presente auto, continúese de inmediato con el trámite correspondiente.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:
Fernando Alberto Alvarez Beltran
Magistrado
Despacho 02
Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **918dc7ef0edb161b4523220e6014cee09a0747d3c2823124ba65c6c5e5094dd**

Documento generado en 05/09/2023 09:01:02 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
Magistrado Sustanciador: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

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

Radicación	17001 23 33 000 2023 000118 00
Medio de control:	Protección de derechos e intereses colectivos
Demandante:	Sebastián Escobar Salazar y Rubiela Álvarez Ospina
Demandado:	Instituto Nacional de Vías – INVÍAS -

Procede el Despacho a resolver sobre la solicitud de medida provisional deprecada por la parte accionante, y sobre solicitud de llamamiento en garantía formulado por el INVÍAS.

I. Antecedentes.

Con la demanda presentada dentro del asunto de la referencia, el demandante solicita como medida cautelar la siguiente:

“Mientras se toma decisión de fondo pueda HABILITARSE UN PASO TEMPORAL para los vehículos al barrio Panamericana y colindantes; en condiciones de seguridad que pueda asegurar la movilidad fluida y rápida por la zona.”

De la medida cautelar solicitada, se corrió el correspondiente traslado al demandado INVÍAS mediante auto del 4 de julio de 2023 como consta en los documentos 008 y 009 del expediente digital, pronunciándose el INVÍAS en el documento 017 del expediente digital.

II. Consideraciones:

1. De la medida cautelar solicitada por los demandantes.

El artículo 25 de la Ley 472 de 1998, establece:

“Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado.

En particular, podrá decretar las siguientes:

- a) *Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando;*
- b) *Ordenar que se ejecuten los actos necesarios, cuando la conducta potencialmente perjudicial o dañina sea consecuencia de la omisión del demandado;*
- c) *Obligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas;*
- d) *Ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medias urgentes a tomar para mitigarlo.*

PARAGRAFO 1o. El decreto y práctica de las medidas previas no suspenderá el curso del proceso.

PARAGRAFO 2o. Cuando se trate de una amenaza por razón de una omisión atribuida a una autoridad o persona particular, el juez deberá ordenar el cumplimiento inmediato de la acción que fuere necesaria, para lo cual otorgará un término perentorio. Si el peligro es inminente podrá ordenar que el acto, la obra o la acción la ejecute el actor o la comunidad amenazada, a costa del demandado.” (Subraya el Despacho).

Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a las medidas cautelares, su procedencia, contenido, alcance y requisitos, previó lo siguiente:

Artículo 229. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento.

Parágrafo. *Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.*

Artículo 230. *Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:*

1. *Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.*
2. *Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la*

parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

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

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

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

Artículo 232. Caución. (...)

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso.

Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. *Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.*

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decrete. (Subraya el Despacho)

Por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha precisado que para que proceda una medida cautelar en el medio de control de protección a los derechos e intereses colectivos, deben cumplirse los siguientes parámetros¹:

“(...) Las medidas previas en las acciones populares. En armonía con la importancia que la Constitución ha otorgado a los derechos colectivos susceptibles de amparo por vía de acción popular, de conformidad con la encomienda de protección efectuada por el artículo 89 constitucional, la ley 472 confirió especial relevancia a la protección anticipada o cautelar en esta materia.

Así, en orden a reforzar la garantía jurisdiccional de estos derechos, el legislador definió un robusto sistema de salvaguarda previa, que busca dotar al juez de los poderes suficientes para asegurar una mayor y más eficaz tutela judicial efectiva. Con esta finalidad, y a la vista de los consabidos problemas de congestión y mora judicial que asedian al aparato judicial en Colombia, la ley autoriza al juez constitucional la adopción de medidas preventivas, protectoras, correctivas o restitutorias adecuadas para encarar los problemas que se le presentan sin que deba esperar para ello al momento de la decisión final. Puede adoptarlas antes, cuando quiera que cuente con elementos de juicio suficientes para fundamentar la convicción que está frente a una amenaza o una afectación tal del derecho que aguardar hasta el fallo supondría asumir el riesgo de configuración de un daño o afectación irreversible a los intereses litigados (periculum in mora) y a una reclamación con la seriedad y visos de legitimidad suficientes para respaldar una decisión anticipada (fumus boni iuris).

¹ SECCION PRIMERA Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA Bogotá, D.C., diecinueve (19)de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 73001-23-31-000-2011-00611-01(AP)A

Lo anterior, por cuanto, como ha sido señalado por esta Corporación, “acorde con la finalidad protectora de los derechos e intereses colectivos de la Ley 472 de 1998, las medidas previas buscan hacer efectiva dicha protección, cuando de esperarse a la culminación del proceso, las medidas que se adopten en el fallo podrían resultar ineficaces, es decir, buscan conjurar de manera previa al fallo, un peligro o vulneración que se está presentando o que se percibe como de inminente ocurrencia y que no da tiempo a esperar por un fallo definitivo. // Entonces, el objetivo pretendido con las medidas previas, es el de evitar que el daño se concrete o que de estarse produciendo, no se prolongue por un término mayor”.

(...)

Teniendo en cuenta estas disposiciones esta Sala ha señalado que el decreto de una medida previa en un juicio de acción popular está sujeto a los siguientes presupuestos de procedencia: “a) Que esté debidamente demostrado en el proceso la inminencia de un daño a los derechos colectivos o que el mismo se haya producido, esto con el fin de justificar la imposición de la medida cautelar, el cual es prevenir aquel daño que está por producirse o a hacer cesar aquel que ya se consumó;

- b) Que la decisión del juez al decretar la medida cautelar esté plenamente motivada; y*
- c) Que para adoptar esa decisión, el juez tenga en cuenta los argumentos contenidos en la petición que eleve el demandante, para que se decrete tal medida, lo cual, lógicamente, no obsta para que el juez oficiosamente, con arreglo a los elementos de juicio que militen en la actuación, llegue al convencimiento de la necesidad de decretar una medida cautelar y proceda en tal sentido (...)” (Subraya el Despacho).*

En los hechos de la demanda presentada dentro del medio de control de protección de derechos e intereses colectivos, se hace alusión a que, en el barrio Panorama se presenta dificultad en el acceso ocasionado por las obras realizadas por INVÍAS que se ejecutan desde el año 2018; quienes, a su vez, instalaron un separador que impide la entrada directa al barrio en mención; afirmando que, previa la realización de la sobras, la entrada y salida del barrio Panorama no tenía inconvenientes ni accidentalidad.

Refieren los demandantes que, se presentan dificultades para el acceso al barrio por cuanto la distancia total que se debe recorrer desde ambos retornos al mismo, de ida y regreso son de 5.5 km, lo que representa un mayor recorrido en tiempo y distancia, de manera que, sus habitantes ven afectadas su movilidad.

Por su parte, de la respuesta que da el Instituto Nacional de Vías INVÍAS al traslado de la medida cautelar (Fl. 017 expediente digital) se extrae lo siguiente:

“(...) De acuerdo a lo manifestado en los hechos de la demanda, respecto a que con la construcción de la doble calzada se instaló un separador que impide la entrada directa al barrio panamericano cuando se transita por la vía código 5005 ESTACIÓN URIBE- PUENTE LA LIBERTAD en dirección del oriente al occidente de la ciudad, es importante resaltar que, en ningún momento con la

intervención de la doble calzada, se ha modificado la entrada al barrio mencionado, toda vez que antes de la intervención de la vía a código 5005 ESTACIÓN URIBE- PUENTE LA LIBERTAD mediante el contrato de obra No. 1632 de 2015 cuyo objeto es: "MEJORAMIENTO, GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE SEGUNDAS CALZADAS, INTERSECCIONES Y MEJORAMIENTO DEL CORREDOR VIAL EXISTENTE HONDA – MANIZALES EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS PARA EL PROGRAMA VÍAS PARA LA EQUIDAD" la vía contaba con señalización horizontal que reglamentaba la prohibición del giro a la izquierda (señalización doble línea amarilla) para acceder a dicho barrio, tal y como mostramos a continuación: Lo anterior, tiene sustentado en lo establecido en el Manual de Señalización Vial 2015 del Instituto Nacional de Vías que dice lo siguiente en su capítulo 3 – Demarcaciones:

(...)

En conclusión, el acceso al barrio panamericano no ha sido modificado por las condiciones de implantación del proyecto, evidenciándose que los vehículos debían realizar un recorrido similar al que deben hacer actualmente para poder acceder al barrio, pero de acuerdo a lo manifestado por los accionantes, incumpliendo las señales de tránsito, la mayoría de los vehículos violaban la señalización horizontal dispuesta en el sitio generando riesgos y afectando la seguridad vial de los usuarios de la vía.

(...)

se han mejorado las condiciones de movilidad y seguridad a todos los usuarios de la vía en mención, pues con la ampliación de la vía, que anteriormente contaba con una calzada de dos carriles, se pasó a una vía, con doble calzada, en donde cada calzada cuenta con dos (02) carriles, optimizando el tiempo en los desplazamientos de los automotores que por allí se movilizan. Así mismo, se construyó un puente peatonal y una bahía de estacionamiento para los buses de transporte público, que evita la interrupción del tráfico automotor sobre la vía y facilita el desplazamiento de un lado a otro de la vía, evitando cualquier riesgo para los actores viales residentes en el barrio antes mencionado; Por lo que en ningún momento se está violando los derechos colectivos mencionados por los actores populares, y se deja de presente al despacho, por los motivos ya expuestos que deben negarse las súplicas de la demandante dentro del presente medio de control y no conceder la medida cautelar solicitada por los accionantes, toda vez que con el proyecto de infraestructura vial sobre la vía código 5005 ESTACIÓN URIBE- PUENTE LA LIBERTAD mediante el contrato de obra No. 1632 de 2015 cuyo objeto es: "MEJORAMIENTO, GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE SEGUNDAS CALZADAS, INTERSECCIONES Y MEJORAMIENTO DEL CORREDOR VIAL EXISTENTE HONDA – MANIZALES EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS PARA EL PROGRAMA VÍAS PARA LA EQUIDAD" y supervisado a través del contrato de intervención No. 1731 del 2015 y cuyo objeto es "INTERVENTORIA PARA EL MEJORAMIENTO GESTIÓN PREDIAL, SOCIAL Y AMBIENTAL MEDIANTE LA CONSTRUCCIÓN DE SEGUNDAS CALZADAS, INTERSECCIONES Y MEJORAMIENTO DEL CORREDOR VIAL EXISTENTE HONDA – MANIZALES EN EL DEPARTAMENTO DE CALDAS PARA EL PROGRAMA "VÍA PARA LA EQUIDAD" MODULO 2. (...)" (Subraya el Despacho).

Se aporta con el pronunciamiento dos imágenes del sector en discusión, una de la entraña al barrio Panorama en septiembre de 2017 y otra de abril de 2022, así como el manual de señalización vial del año 2015, y sus anexos de normas técnicas colombianas de señalización NTCs.

De lo expuesto hasta el momento, este Despacho no encuentra acreditada en la actualidad, la afectación de las condiciones de movilidad y seguridad en la zona descrita en la demanda, de entrada y salida del barrio Panorama; contrario a ello, el INVÍAS en su pronunciamiento afirma que se han mejorado las condiciones del movimiento y seguridad del sector, y que se ha conservado el acceso al barrio, pues éste no ha sido modificado.

Y, con relación a la medida de carácter preventivo solicitada, se advierte que en la misma demanda se acepta que, desde el año 2018 se viene adelantando por parte de INVÍAS una intervención vial con obras en el sector.

Sumado a lo anterior, para este Despacho la problemática que el actor popular presenta en el sector del barrio Panorama descrito en la demanda, viene presentándose desde hace más de 4 años, lo que evidencia es que, no hay medidas cautelares de urgencia por decretar, pues no se encuentra acreditado al momento el perjuicio irremediable; ni existen en este instante motivos para considerar que, de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia sean nugatorios.

Así pues, en el caso concreto, no se observa prueba suficiente dentro del expediente que, advierta sobre la necesidad de tomar en este estado del proceso, una medida provisional que asegure el objeto del mismo o el cumplimiento de una eventual orden mediante sentencia que ponga fin a la instancia, pues en este estado temprano de la actuación, no cuenta con suficientes elementos de juicio que le permitan a este Despacho arribar a una conclusión en punto a la amenaza real de los derechos que se estiman vulnerados.

Se requiere, entonces, el despliegue de toda una actividad probatoria que permita establecer si los hechos que se exponen en la demanda son ciertos y si, además, ello genera el agravio de derechos de orden colectivo, imputable a la entidad demandada en el presente medio de control.

Así pues, no se acreditan en este caso los presupuestos para acceder a la medida provisional solicitada por la parte accionante y, en consecuencia, se deberá continuar con el trámite del proceso según corresponda; ello, sin perjuicio de que más adelante y ante la evidencia de alguna amenaza real de los derechos invocados, pueda este Despacho de oficio o a solicitud de parte, decretar una medida de protección concreta, como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia.

2. De los llamamientos en garantía solicitados por INVÍAS.

Dentro del término para contestar la demanda, el demandado Instituto Nacional de Vías – INVÍAS -, solicitó se llame en garantía a CSS Constructores S.A.; GETINSA Ingeniería SL sucursal Colombia (hoy TPF GETINSA EUROESTUDIOS COLOMBIA); y al municipio de Manizales (Documento 022 del expediente digital).

Los fundamentos para dicho llamamiento son los siguientes:

- Que para la época en que ocurrieron los hechos de la demanda, INVÍAS tenía suscrito con la sociedad CSS Constructores S.A. el contrato de obra 1632 de 2015, cuyo objeto es: *“El mejoramiento, gestión predial, social y ambiental, mediante la construcción de segundas calzadas, intersecciones y mejoramiento del corredor vial existente Honda- Manizales en el departamento de caldas para el programa vías para la equidad.”*.
- Que para la interventoría del contrato en mención, el INVÍAS celebró el contrato No. 1731 de 2015, con el Consorcio Vías para la equidad, integrado por GETINSA Ingeniería SL sucursal Colombia (hoy TPF GETINSA EUROESTUDIOS COLOMBIA) y CB Ingenieros S.A.S.
- Que, el municipio de Manizales, como autoridad de transporte en el municipio en mención, tiene en su competencia velar por la debida y adecuada prestación del servicio público de buses, busetas, taxis; siendo el encargado del control y vigilancia, y, de habilitar a las empresas que prestan sus servicios, así como tomar las medidas sancionatorias, por la no prestación de dicho servicio.

Con el llamamiento formulado se aportan los certificados de existencia y representación legal de CSS Constructores S.A.; GETINSA Ingeniería SL sucursal Colombia (hoy TPF GETINSA EUROESTUDIOS COLOMBIA); y, CB Ingenieros S.A.S..

El artículo 225 de la Ley 1437 de 2011 precisa los requisitos que debe contener el escrito de llamamiento en garantía de la siguiente manera:

“Artículo 225. Llamamiento en garantía. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.

El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.

El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- 1. El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso.*
- 2. La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito.*
- 3. Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen.*
- 4. La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales.*

El llamamiento en garantía con fines de repetición se regirá por las normas de la Ley [678](#) de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen.”

Al revisar el cumplimiento de los requisitos descritos en el artículo en mención, se puede verificar que las solicitudes presentadas por el Instituto Nacional de Invías – INVÍAS cumple con la totalidad de los mencionados, por los que los mismos serán admitidos como se dirá en la parte resolutiva de esta providencia.

III. Resuelve

Primero: Negar el decreto de la medida previa solicitada por los actores populares.

Segundo: Admitir los llamamientos en garantía presentados por el Instituto Nacional de Invías – INVÍAS- respecto de CSS Constructores S.A.; GETINSA Ingeniería SL sucursal Colombia (hoy TPF GETINSA EUROESTUDIOS COLOMBIA); CB Ingenieros S.A.S.; y, el municipio de Manizales

En consecuencia:

Tercero: Notificar personalmente al buzón de correo electrónico para notificaciones judiciales de CSS Constructores S.A.; GETINSA Ingeniería SL sucursal Colombia (hoy TPF GETINSA EUROESTUDIOS COLOMBIA); CB Ingenieros S.A.S.; y, al municipio de Manizales, los llamamientos en garantía efectuados por el Instituto Nacional de Invías – INVÍAS -, mensaje que contendrá copia de la demanda y sus anexos; del escrito de llamamiento en garantía y sus anexos, y de esta providencia. Ello, de

conformidad con los artículos 198 numeral 2 y 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, y 225 del CPACA

Cuarto: Surtido lo anterior, correr traslado del llamamiento en garantía a CSS Constructores S.A.; GETINSA Ingeniería SL sucursal Colombia (hoy TPF GETINSA EUROESTUDIOS COLOMBIA); CB Ingenieros S.A.S.; y, al municipio de Manizales, por el término de quince (15) días. De conformidad con el artículo 225 del CPACA.

Se deja claridad que, el anterior plazo, comenzará a correr transcurridos dos (2) días de enviado el mensaje de notificación, según lo previsto en el artículo 199 de la Ley 1437 de 2011, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

Quinto: Reconocer personería para actuar al abogado Andrés Jiménez identificado con cédula de ciudadanía número 1.055.918.545 y portador de la Tarjeta profesional número 304951 del CS de la J, para actuar en representación del Instituto Nacional de Vías – INVÍAS - de conformidad con el poder que se encuentra en el documento 20 del expediente digital.

Notifíquese y cúmplase

Firmado Por:

Fernando Alberto Alvarez Beltran

Magistrado

Despacho 02

Tribunal Administrativo De Caldas

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ae735b5e6a8829c8c6d410f8394216a2f639e8b2fe7f0ad0e82f658421894afb**

Documento generado en 05/09/2023 09:01:58 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS **-Sala Quinta de Decisión-**

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 146

Asunto: **Sentencia de primera instancia**
Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicación: **17001-23-33-000-2018-00508-00**
Demandante: **José Helper Zapata Mendieta**
Demandada: **Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas (INFICALDAS)**

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 045 del 01 de septiembre de 2023

Manizales, primero (1°) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor José Helper Zapata Mendieta contra el Instituto de Financiamiento, Promoción y Desarrollo de Caldas (INFICALDAS)².

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 17 de octubre de 2018³, se solicitó lo siguiente⁴:

1. Que se declare la nulidad del Oficio nº G.G 183-2018 del 22 de marzo de

¹ En adelante, CPACA.

² En adelante, INFICALDAS.

³

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=L3p4BmF5T4LQnjsxfD7LyYIqtsA%3d>

⁴ Página 6 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

2018, expedido por INFICALDAS.

2. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre el demandante e INFICALDAS existió un contrato realidad desde el 25 de julio de 2002 hasta el 7 de marzo de 2018.
3. Que se declare que el accionante adquirió la condición de funcionario público de hecho durante el tiempo que existió vinculación con INFICALDAS.
4. Que por el tiempo que duró la vinculación como funcionario público de hecho, se condene a INFICALDAS al pago de lo siguiente: cesantías, sanción moratoria por el no pago de las cesantías al momento del retiro del servicio, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago del interés legal sobre las cesantías, vacaciones compensadas en dinero, prima de servicios, auxilio de transporte, aportes de pensión e indemnización por retiro del servicio sin justa causa.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁵, que en resumen indica la Sala:

1. INFICALDAS vinculó al señor José Helper Zapata Mendieta de forma verbal en empleo público, para prestar servicios personales como auxiliar de equipaje en el Aeropuerto La Nubia de Manizales.
2. La vinculación del accionante como funcionario público de hecho inició a partir del 25 de julio de 2002 y culminó el 7 de marzo de 2018, cuando fue retirado del servicio.
3. Durante el tiempo que duró la relación contractual, el demandante cumplió un horario impuesto por INFICALDAS, que iba desde las 5:50 a.m. hasta las 6:00 p.m., de lunes a domingo.
4. Como contraprestación, INFICALDAS y el actor concertaron el pago de un salario mínimo legal mensual vigente, el cual se causaría de forma diaria al final de la jornada laboral.
5. El demandante fue contratado para cumplir las labores que describen a continuación: **i)** brindar el servicio de auxiliar de equipaje para los pasajeros que efectuaran el check in y el check out; **ii)** abrir la puerta de

⁵ Páginas 122 a 126 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

ingreso cuanto llegaran los vuelos de pasajeros al aeropuerto; **iii)** encender, cuidar y vigilar la cinta transportadora de equipaje para evitar el paso en la sala de espera del aeropuerto; **iv)** izar las banderas del aeropuerto y recogerlas al terminar el turno para dejarlas en custodia del puesto de información; **v)** realizar el aseo del aeropuerto; **vi)** encender y apagar las luces del parqueadero y la sala de equipajes del aeropuerto; **vii)** quemar la pólvora en la mañana y en la tarde para espantar las garzas a los alrededores de la terminal aérea; y **viii)** cumplir las demás funciones que le ordenara la administración del Aeropuerto La Nubia o cualquiera de los funcionarios asignados por INFICALDAS.

6. Las funciones encomendadas siempre las ejecutó el accionante de manera personal y bajo la subordinación de la entidad demandada a través del administrador de la terminal aérea.
7. Durante el tiempo que duró la vinculación, INFICALDAS carnetizó al accionante para que éste pudiera ingresar a las instalaciones del aeropuerto.
8. El demandante desarrolló las mismas funciones de los cargos de planta del Aeropuerto La Nubia de Manizales, específicamente las de auxiliar de servicios generales.
9. Al ser vinculado verbalmente, el actor adquirió su condición de funcionario público de hecho.
10. En junio de 2017, el asesor de control interno de INFICALDAS hizo una auditoría especial al proceso de administración de negocios periféricos en su componente de talento humano del personal de la terminal aérea, hallando que el demandante y otros compañeros prestaban sus servicios personales de maleteros a la entidad, en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia, sin ningún tipo de condicionamiento de INFICALDAS como operador de aquel.
11. El 7 de marzo de 2018, a las 12:20 p.m., en las instalaciones de la terraza del Aeropuerto La Nubia de Manizales, se reunieron con el demandante los señores Alejandro Motato en calidad de administrador de la terminal aérea, Mauricio Gaitán como secretario general de INFICALDAS, y Erika Salazar en su condición de superintendente jefe del aeropuerto, y le manifestaron que a partir de esa fecha quedaba retirado definitivamente del servicio como auxiliar de equipaje.

12. Al momento de retirarlo del servicio, INFICALDAS no le pagó al actor ningún valor por concepto de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios.
13. INFICALDAS adeuda al accionante los intereses moratorios por la no consignación de cesantías, sanción por el no pago definitivo de las cesantías al momento de la terminación de la relación laboral, sanción por el no pago de intereses legales sobre las cesantías, auxilio de transporte y aportes a pensión.
14. El 5 y 7 de marzo de 2018, el demandante presentó reclamaciones a la entidad accionada, solicitándole el pago de las acreencias laborales y de seguridad social adeudadas por haber prestado sus servicios en el Aeropuerto La Nubia, reclamando además el pago de la liquidación derivada del contrato y la indemnización por retiro sin justa causa.
15. Con Oficio nº G.G. 183-2018 del 22 de marzo de 2018, INFICALDAS negó la existencia del contrato realidad y el pago de las prestaciones sociales adeudadas.
16. El mismo 22 de marzo de 2018, el señor José Helper Zapata Mendieta se notificó del contenido del citado acto administrativo.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁶: Constitución Política: artículos 2, 13, 25, 48, 53 y 58; Ley 443 de 1998; y Ley 909 de 2004.

Manifestó que el acto administrativo acusado violó la ley en tanto contiene una argumentación restrictiva y violatoria de los principios y garantías laborales en el sector público, desconociendo la vinculación como funcionario de hecho.

Aseguró que es palpable la falsa motivación del acto enjuiciado, pues el actor prestó sus servicios personales de forma continua, ininterrumpida y bajo la subordinación del gerente de la terminal aérea La Nubia, adquiriendo la condición de funcionario público de hecho en virtud de que se omitieron las condiciones de vinculación a través de los presupuestos de carrera administrativa previstos en su momento en la Ley 443 de 1998 y en la Ley 909 de 2004. Añadió que las funciones desarrolladas correspondieron siempre a las establecidas en la planta de personal de la entidad, en especial a las de servicios generales.

⁶ Páginas 126 a 132 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado relativa al funcionario de hecho, para concluir que encaja en esta categoría la persona que labora sin acto administrativo de nombramiento y posesión.

Destacó que el Máximo Tribunal en lo Contencioso Administrativo fue enfático en afirmar que no resulta equitativo trasladarle al trabajador las precariedades que presenta la relación laboral como consecuencia de la actitud omisiva de la administración, al haber mantenido esa situación durante varios años sin expedir el acto administrativo de vinculación.

Adujo que fue después de un informe de auditoría realizado por el asesor de control interno de INFICALDAS que se dio cuenta la entidad de que el demandante ejercía funciones propias de un cargo que estaba en la planta de personal, lo que conllevó a la terminación del vínculo que tenía con dicho establecimiento público.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representado y dentro del término legal conferido, INFICALDAS contestó la demanda⁷, para oponerse a las súplicas de la misma, con fundamento en que no tienen asidero legal ni jurisprudencial, ya que no está acreditado que existiera la figura de funcionario de hecho.

Afirmó que entre las partes nunca existió ningún tipo de vinculación y mucho menos un contrato de trabajo.

Explicó que en el Aeropuerto La Nubia funcionan hangares que alquilan particulares, quienes a su vez contratan ayudantes independientes que no son funcionarios de la terminal aérea, para cargar equipaje, entre otras actividades, para lo cual necesitan un carné que los identifique, lo que no implica el reconocimiento de una relación laboral con la demandada.

Indicó que efectivamente a raíz del informe de auditoría de junio de 2017, en el que se informó que en el Aeropuerto La Nubia se encontraban personas que no tenían ningún tipo de vinculación con la entidad (maleteros), INFICALDAS tomó las medidas pertinentes, reuniéndose con los ayudantes de maletas y explicándoles que no podían seguir desempeñando dicha actividad porque no tenían autorización para ello.

Sostuvo que la labor que el demandante afirma que realizó en el aeropuerto la hizo por cuenta y riesgo suyo, sin que estuviera autorizado por la entidad.

⁷ Páginas 171 a 182 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Adujo que como entre las partes nunca existió un contrato de trabajo ni relación laboral alguna, no hay lugar al pago de las prestaciones y demás emolumentos solicitados en la demanda.

Hizo referencia a las formas de vinculación al servicio público, así como a la figura de funcionario de hecho, precisando que ésta no se configura en el caso concreto, habida cuenta que el cargo de maletero no está creado en la planta de personal de INFICALDAS, y al no existir dicho empleo, no hay un manual de funciones que permita establecer que se desarrollaban labores de manera irregular o en las mismas condiciones que lo hubiese hecho un empleado de planta.

Propuso los medios exceptivos que denominó: "**NO EXISTEN PRESUPUESTOS JURIDICOS (sic) NI JURISPRUDENCIALES PARA QUE SE PRESENTE LA FIGURA DE FUNCIONARIO DE HECHO**", ya que, como se indicó anteriormente, no concurren los requisitos previstos para ello, en tanto el supuesto cargo no hace parte de la planta de personal de la entidad, lo que impide afirmar que se ejercieron funciones irregularmente o en la misma forma a como lo hubiera hecho un empleado de planta; y "**COBRO DE LO NO DEBIDO**", pues al no acreditarse que existió la figura de funcionario de hecho, no existe obligación por parte de la entidad demandada de reconocer y pagar las prestaciones y demás emolumentos solicitados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandante⁸

Afirmó que con la prueba testimonial recaudada en el proceso se logró acreditar lo siguiente: **i)** la vinculación verbal del accionante para prestar sus servicios personales como auxiliar de equipaje en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia de Manizales; **ii)** la vinculación laboral a partir del 25 de julio de 2002; **iii)** el cumplimiento de una jornada laboral impuesta por INFICALDAS para la prestación personal de los servicios, desde las 5:00 a.m. hasta las 6:00 p.m., de lunes a domingo; **iv)** la tarifa establecida por la entidad para reconocer la remuneración del servicio; **v)** las funciones asignadas y ejecutadas de forma personal por el actor, conforme se indicó en la demanda; **vi)** el conocimiento de INFICALDAS frente a las actividades desarrolladas por el demandante; **vii)** la carnetización y dotación otorgada por parte de la parte accionada que acreditaban al actor como funcionario del aeropuerto; **viii)** la asistencia obligatoria a las capacitaciones realizadas en la terminal área, convocadas y efectuadas por INFICALDAS; **ix)** los llamados de atención

⁸ Archivo n° 34 del cuaderno 1 del expediente digital.

efectuados por parte de la administración del aeropuerto como resultado del incumplimiento de las funciones asignadas; **x)** las sanciones impuestas al demandante por las faltas realizadas durante la ejecución de las labores asignadas; **xi)** la inclusión del actor en las integraciones laborales efectuadas por INFICALDAS durante las festividades decembrinas, permitiendo inferir su calidad de funcionario de la entidad demandada; **xii)** las atenciones médicas que recibió el accionante y que fueron cubiertas por INFICALDAS; **xiii)** la permanencia continua, ininterrumpida y subordinada del demandante; y **xiv)** la desvinculación del demandante a partir del 7 de marzo de 2018.

Reiteró que en este asunto se presentó la figura de funcionario de hecho y, en tal sentido, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad sobre las formas.

Finalmente citó apartes de jurisprudencia del Consejo de Estado relacionada con la figura de funcionario de hecho.

Parte demandada⁹

Expuso que de conformidad con el material probatorio recaudado se pudo demostrar que en ningún momento existió nombramiento legal por parte de INFICALDAS, y tampoco se cumplieron los requisitos que jurisprudencialmente se han establecido para la figura de funcionario de hecho, tal como se indicó en la contestación de la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL

Reparto. Para conocer del asunto, el expediente fue repartido a este Tribunal el 17 de octubre de 2018¹⁰, y allegado el 30 de noviembre del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹¹.

Inadmisión, admisión, contestación y traslado de excepciones. Por autos del

⁹ Archivo nº 32 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁰

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesosc/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=L3p4BmF5T4LQnjsxfD7LyYIqtsA%3d>

¹¹ Página 84 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

12 de febrero de 2019¹² y del 28 de marzo de 2019¹³, se inadmitió la demanda; que una vez corregida¹⁴ fue admitida con auto del 3 de julio del mismo año¹⁵. Luego de practicarse la notificación, INFICALDAS contestó el libelo oportunamente¹⁶. De las excepciones propuestas por la parte demandada se corrió traslado a la parte accionante¹⁷, la cual no se pronunció frente a aquellas¹⁸.

Paso a Despacho. El 25 de noviembre de 2019, el proceso ingresó a Despacho para convocar a audiencia inicial¹⁹.

Decisión de excepciones previas. Atendiendo lo previsto por el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a través de auto del 16 de octubre de 2020²⁰, el Magistrado Ponente de esta providencia difirió para el momento de la sentencia la decisión de las excepciones propuestas por INFICALDAS.

Audiencia inicial. El 24 de noviembre de 2020 se llevó a cabo audiencia inicial²¹, que finalizó con decreto de pruebas.

Audiencia de pruebas. El 15 de diciembre de 2020 tuvo lugar la audiencia prevista por el CPACA para el recaudo de las pruebas solicitadas y decretadas²².

Alegatos y concepto del Ministerio Público. Considerando innecesario citar a audiencia de alegaciones y juzgamiento, a través de auto del 9 de julio de 2021²³, el Magistrado Ponente del proceso ordenó la presentación de alegatos por escrito, para dictar sentencia posteriormente. Durante el término conferido, ambas partes alegaron de conclusión²⁴. El Ministerio Público guardó silencio.

Paso a Despacho para sentencia. El 30 de julio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia²⁵, la que se dicta en seguida en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un

¹² Páginas 85 y 86 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹³ Páginas 114 y 115 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁴ Páginas 89 a 111 y 118 a 160 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁵ Páginas 162 a 166 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁶ Páginas 171 a 182 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁷ Páginas 199 a 201 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁸ Páginas 202 y 203 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

¹⁹ Páginas 202 y 203 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁰ Páginas 204 a 207 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²¹ Archivos nº 10 y 11 del cuaderno 1 del expediente digital.

²² Archivos nº 18 a 22 del cuaderno 1 del expediente digital.

²³ Archivo nº 29 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁴ Archivos nº 32 y 34 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Archivo nº 35 del cuaderno 1 del expediente digital.

asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para ese efecto, tal como lo autoriza el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Pretende el demandante que por parte de esta Corporación se declare la nulidad del acto administrativo expedido por INFICALDAS con el cual negó el reconocimiento de prestaciones sociales y otros emolumentos derivados de una supuesta vinculación como funcionario de hecho en el Aeropuerto La Nubia de Manizales por el período comprendido entre el 25 de julio de 2002 y el 7 de marzo de 2018.

Como consecuencia de tal declaración y a título de restablecimiento del derecho, solicitó que el reconocimiento y pago de: cesantías, sanción moratoria por el no pago de las cesantías al momento del retiro del servicio, intereses a las cesantías, indemnización por el no pago del interés legal sobre las cesantías, vacaciones compensadas en dinero, prima de servicios, auxilio de transporte, aportes de pensión e indemnización por retiro del servicio sin justa causa.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en resolver los siguientes interrogantes:

- *¿El señor José Helver Zapata Mendieta ostentó la calidad de funcionario de hecho de INFICALDAS por desempeñarse, presuntamente, como auxiliar de equipaje en el Aeropuerto La Nubia de Manizales durante el período comprendido entre el 25 de julio de 2002 y el 7 de marzo de 2018?*
- *En caso afirmativo, ¿le asiste derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones y demás emolumentos solicitados en la demanda?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** formas de vinculación al servicio público; **ii)** vinculación al servicio público como funcionario de hecho; **iii)** hechos probados; y **iv)** examen del caso concreto.

1. Formas de vinculación al servicio público

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Cada forma de vinculación tiene sus características o elementos que las tipifican, así como su régimen jurídico propio.

2. Vinculación al servicio público como funcionario de hecho

Además de las formas de vinculación a la administración señaladas anteriormente, existe otra excepcional que se configura “*(...) en virtud de una investidura irregular, esto es, cuando una persona, sin cumplir con los requisitos previstos por la ley, desempeña funciones públicas como si se tratara de un auténtico servidor público: el funcionario de hecho*”²⁶.

La jurisprudencia del Consejo de Estado²⁷ ha sostenido que los requisitos esenciales para que se configure una relación laboral con un funcionario de hecho son los siguientes: **i)** que exista *de iure* el cargo; **ii)** que la función sea ejercida irregularmente; y **iii)** que dicha función se realice de la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado²⁸ ha precisado que dicha figura puede darse también cuando una persona ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones, pues la administración estaría permitiendo el ejercicio irregular de una investidura o cargo por circunstancias de facto no

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 3 de octubre de 2022. Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00240-01(1932-2020).

²⁷ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 4 de mayo de 2023 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 17001-23-33-000-2012-00078-01(679-2014)) y del 3 de octubre de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 23001-23-33-000-2015-00240-01(1932-2020)) de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

²⁸ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 4 de mayo de 2023 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 17001-23-33-000-2012-00078-01(679-2014)) y del 3 de octubre de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 23001-23-33-000-2015-00240-01(1932-2020)) de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

previstas en la ley. Y es en ese sentido que el trabajo desarrollado en esas condiciones debe ser objeto de protección a través del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Ha aclarado igualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁹ que si bien se exige la acreditación de la existencia del cargo a efectos de reconocer una situación de funcionario de hecho, lo cierto es que con el fin de darle vigencia al derecho al trabajo, una interpretación que le otorga esa garantía impone considerar que aquel no es un requisito rígido ni absoluto, de suerte que no sea indispensable su demostración cuando lo que se advierte es que la entidad ha tolerado que el trabajador desarrolle actividades propias de la administración sin la existencia del empleo en su planta de personal.

De otra parte y en relación con el ejercicio de las funciones de manera irregular, el Consejo de Estado³⁰ ha manifestado que el entendimiento que debe dársele es que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos que exige un vínculo legal y reglamentario, es decir, cuando no existe nombramiento ni elección (según el tipo de cargo), y tampoco posesión, o que tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Así pues, “(...) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral de hecho debe probar que su actividad en la entidad fue **personal y permanente**, que por su labor recibió una **remuneración** o pago y, además, que en la relación con el empleador existió **subordinación** o dependencia. Esta última entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, a lo largo de la duración del vínculo.³¹³² (negrilla es del texto).

3. Hechos acreditados

La siguiente es la relación de los hechos debidamente probados que resultan

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 3 de octubre de 2022. Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00240-01(1932-2020).

³⁰ Al respecto, pueden consultarse las sentencias del 4 de mayo de 2023 (Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández, radicación número: 17001-23-33-000-2012-00078-01(679-2014)) y del 3 de octubre de 2022 (Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación número: 23001-23-33-000-2015-00240-01(1932-2020)) de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

³¹ Cita de cita: Sentencia del 24 de enero de 2019, expediente 1150-14, consejero Ponente: Cesar Palomino Cortes.

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 3 de octubre de 2022. Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00240-01(1932-2020).

relevantes para solucionar el caso concreto.

Previo a lo anterior, este Tribunal debe indicar que aun cuando los testimonios de los señores Jorge William Tangarife García³³ y Aldemar Gutiérrez Rave³⁴ fueron tachados por sospecha por el apoderado de INFICALDAS, tal circunstancia no impide la valoración de los mismos, sino que exige que ésta sea más rigurosa por parte del Juez de conocimiento, confrontándolos con las demás pruebas obrantes en el proceso y atendiendo las reglas de la sana crítica³⁵.

Con base en lo anterior, la Sala precisa que no observa que las declaraciones de los señores Jorge William Tangarife García y Aldemar Gutiérrez Rave fueran parcializadas o que incurrieran en vacilaciones o expresiones que denotaran ánimo revanchista o sesgado frente a la demandada; y aunque eventualmente pudiera pensarse que tienen algún interés indirecto en razón de las demandas que presentaron contra la entidad también por la configuración de un contrato realidad, lo cierto es que se observa que ello no se dejó traslucir en sus declaraciones, que además, en algunos de sus dichos, fueron coherentes, congruentes y concordantes con los otros medios de prueba allegados. Adicionalmente, se trata de testigos relevantes, dadas sus condiciones de compañeros de trabajo del demandante en el Aeropuerto La Nubia, lo que les permitió conocer de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que aquel prestó sus servicios.

A similares conclusiones ha llegado el Consejo de Estado en dos pronunciamientos relacionados con el reconocimiento de la relación laboral encubierta.

En efecto, en sentencia del 4 de mayo de 2023³⁶, el Consejo de Estado indicó: *“En este punto, resulta pertinente señalar que si bien es cierto que algunos testigos se encuentran en situaciones similares a las del demandante, también lo es que ello no tiene la entidad suficiente de afectar la credibilidad de su declaración, toda vez que con lo manifestado evidencian que (i) aún la demandada les adeuda acreencias laborales y (ii) por ser compañeros del demandante, son idóneos para informar sobre las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la prestación del servicio”*.

³³ Minuto 6:17 a 1:10:16 del archivo nº 19 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁴ Minuto 00:18 a 36:11 del archivo nº 20 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁵ Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en providencia del 14 de julio de 2016 (Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón, radicación número: 41001-23-31-000-1999-00987-01 (36932)).

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 4 de mayo de 2023. Radicación número: 17001-23-33-000-2012-00078-01(679-2014).

Así mismo, en providencia del 18 de agosto de 2022³⁷, el Alto Tribunal en lo Contencioso Administrativo sostuvo:

Ahora, aunque la entidad accionante en el curso de la apelación discrepó de lo manifestado por el señor Jairo de Jesús Arcila García en calidad de testigo al considerar que podrían (sic) tener interés en las resultas del proceso, ello, no implica que deba ser desestimado per se, sino que su declaración debe ser analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica y si es del caso, refutar lo dicho por este (sic), de conformidad con los demás medios probatorios.

En un asunto particular esta Subsección³⁸ sostuvo:

«En el recurso de apelación el demandado insiste en la tacha de los testigos, fundamentado en que los declarantes tuvieron la misma condición de contratistas que el demandante, promovieron demandas a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales y en tal virtud, se vicia la imparcialidad de sus versiones.

De conformidad con lo previsto en el artículo 218 del C.P.C., el juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso y, en el caso bajo análisis, si bien es cierto, en principio, se podría considerar que los declarantes podrían tener interés en las resultas del proceso, por tener litigios similares al que nos ocupa, también lo es que dada su condición de compañeros en el Fondo de Pasivo Social de Puertos de Colombia, que conocieron de manera directa las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante prestó sus servicios se consideran testigos idóneos para rendir declaración al respecto.

[...]

Así las cosas, tratándose de circunstancias personalísimas relacionadas con la prestación del servicio del demandante, la Sala estima que no se evidencia que las versiones de los testigos hubieran estado parcializadas o encaminadas a favorecer sus propios intereses, razón por la cual les dará total valor probatorio.»

De lo anterior se colige la imposibilidad de desestimar un testigo porque interpuso una demanda a fin de obtener los mismos reconocimientos prestacionales, pues aunque podría tener algún interés en las resultas del proceso, lo cierto es que dada la condición de compañeros de trabajo, el declarante pudo conocer de manera directa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que el demandante desplegó sus funciones, ese orden, tal como lo dispuso la sentencia de la referencia

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. Gabriel Valbuena Hernández. Sentencia del 18 de agosto de 2022. Radicación número: 17001-23-33-000-2014-00187-01(4135-2015).

³⁸ Cita de cita: Sentencia proferida el 13 de febrero de 2014 por la Sección Segunda Subsección A del Consejo de Estado, C.P. Luis Rafael Vergara Quintero; radicado: 25000-23-25-000-2000-01434-03(2397-07)

resulta ser testigo idóneo para rendir las declaraciones, las mismas que serán valoradas de conformidad con las reglas de la sana critica (sic). (Líneas y negrilla son del texto).

Precisado lo anterior, ahora sí prosigue el Tribunal con el análisis de las pruebas allegadas al expediente:

- a) Conforme al Acuerdo 039 del 13 de febrero de 2009³⁹ expedido por el Consejo Directivo de INFICALDAS, y con el cual se modificó la planta de personal de dicha entidad, en el Aeropuerto La Nubia existen los siguientes cargos: un profesional especializado encargado de administrar el sistema operativo y funcional del aeropuerto; un capitán de bomberos; 15 bomberos; 2 ayudantes código 472 grado 02, para realizar la entrega de correspondencia y responder por la integridad de los documentos encomendados; 2 ayudantes código 472 grado 04, con el propósito de garantizar la correcta y oportuna prestación del servicio de parqueadero; y 2 auxiliares de servicios generales, para ejecutar labores de aseo y mantenimiento.

Consta en el citado acuerdo que los cargos de secretario, ayudante parqueadero y ayudante jardinero del Aeropuerto La Nubia fueron suprimidos de la planta de personal.

- b) Obra en el expediente formulario denominado “CARNETIZACION (sic) AEROPUERTO LA NUBIA”⁴⁰, diligenciado el 21 de septiembre de 2010 con los datos del señor José Helver Zapata Mendieta como auxiliar de equipaje o maletero en el Aeropuerto La Nubia. En dicho documento se indicó que los lugares donde desempeñaba su trabajo eran sala de equipaje, hangares y parqueadero. Así mismo, se señaló que estaba afiliado desde el 2 de julio de 2002 en contrato indefinido.
- c) Reposan en el proceso tres carnés pertenecientes al señor José Helver Zapata Mendieta⁴¹, que lo identifican como auxiliar de equipaje o maletero en el Aeropuerto La Nubia, señalando en dos de ellos vigencias desde el 14 de abril de 2010 hasta el 13 de abril de 2011, y hasta el 31 de diciembre de 2015. En el último carné no se aprecia la fecha de vencimiento, pero se advierte que como empresa se consignó: “*Independiente*”.
- d) Se allegaron con la demanda varias fotografías⁴², de las cuales no se

³⁹ Archivo visible en la carpeta correspondiente al folio 182 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁰ Página 50 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 52 a 54 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 55 a 62 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

puede determinar la persona o personas que allí figuran, los lugares ni las fechas en las que fueron tomadas.

- e) En informe de auditoría realizado en junio de 2017 por el asesor de control interno de INFICALDAS, señor Asdrúbal Montes Osorio⁴³, se consignó como hallazgo el siguiente: *“Se evidenció la presencia de personas que ejecutan actividades de manera informal en el aeropuerto La Nubia, como son los maleteros y la despachadora de taxis”*. Se señaló que la causa de ello obedecía a *“(...) falencias en los mecanismos de control asociados al Proceso de Control Operacional en el aeropuerto La Nubia”*; y que dicha informalidad podía generar un riesgo de tipo jurídico, por las acciones que podrían presentar por la ejecución de tales actividades.

Dentro de las recomendaciones del informe de auditoría se incluyó la de *“Revisar que (sic) otras personas desarrollan actividades no oficiales o informales en el aeropuerto la (sic) Nubia, con el fin de establecer los controles pertinentes, ya que estas labores que no son oficiales y sin ningún vínculo laboral con INFICALDAS, generan riesgos de tipo administrativo y jurídico para la entidad”*.

- f) Con oficio que data de diciembre de 2017, recibido al parecer por INFICALDAS el 26 de diciembre de 2017⁴⁴, el señor Oliverio Gordillo Herrera, en calidad de coordinador y auxiliar de equipajes, en nombre propio y de otros compañeros entre los que se encontraba el demandante, solicitó al administrador del Aeropuerto La Nubia realizar los trámites correspondientes para la entrega de carnés para el período comprendido entre el 31 de diciembre de 2017 y el 31 de diciembre de 2018, que los acreditara como prestadores del servicio mencionado, ya que los que en ese momento tenían, vencían el 31 de diciembre de 2017.
- g) Mediante Circular nº 14 – 2017 del 29 de diciembre de 2017⁴⁵, el señor Jhon Jairo Gómez Arias, en calidad de administrador encargado del Aeropuerto La Nubia, informó las directrices para realizar la carnetización para el año 2018 a Avianca, Easyfly, Energizar, LASA, Consorcio Caldas 2017, interventoría, Las Migas, Bomberos, locales comerciales, empresa seguridad y empresa de aseo.
- h) A través de oficio radicado el 22 de enero de 2018 ante INFICALDAS⁴⁶, el señor Oliverio Gordillo Herrera solicitó a la gerente general de la

⁴³ Páginas 69 a 83 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁴ Página 46 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁵ Página 47 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁶ Páginas 48 y 49 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

entidad entregar los respectivos carnés, teniendo en cuenta que ya habían presentado los documentos correspondientes, pero no habían obtenido respuesta por parte de la administración del aeropuerto.

- i) El 5 de marzo de 2018, el señor José Helper Zapata Mendieta radicó memorial ante INFICALDAS⁴⁷, a través del cual solicitó el reconocimiento de un contrato laboral a término indefinido, con el consecuente pago de todas las acreencias laborales adeudadas por el tiempo laborado en el Aeropuerto La Nubia, desde el 25 de julio de 2002.
- j) El 7 de marzo de 2018, el señor José Helper Zapata Mendieta nuevamente radicó petición ante INFICALDAS⁴⁸, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de acreencias laborales adeudadas.
- k) Con Oficio nº G.G 183-2018 del 22 de marzo de 2018⁴⁹, la gerente general de INFICALDAS negó las solicitudes hechas por el accionante, con fundamento en lo que se señala a continuación.

Indicó que el Aeropuerto La Nubia de Manizales hace parte de INFICALDAS como una unidad de negocios, la cual tiene 21 cargos en su planta de personal, así: un profesional especializado, un capitán de bomberos, 14 bomberos y 5 ayudantes. Precisó que no existen empleos de maleteros y/o equivalentes, y que la entidad no autorizó en ningún momento la supuesta prestación de servicios.

Bajo esos supuestos, afirmó que no era posible reconocer ninguna relación laboral o contractual.

- l) Por Oficio nº G.P.E 18-2018 del 2 de abril de 2018⁵⁰, el gerente de proyectos especiales de INFICALDAS respondió las peticiones elevadas por el señor Oliverio Gordillo Herrera el 26 de diciembre de 2017 y el 22 de enero de 2018, en igual sentido al que lo hizo en Oficio nº G.G 183-2018 del 22 de marzo de 2018.
- m) En informe bajo juramento rendido por el gerente general de INFICALDAS el 16 de febrero de 2021⁵¹, se indicaron los cargos que hacen parte de la planta de personal del Aeropuerto La Nubia como unidad de negocios de INFICALDAS, precisando que en la misma no

⁴⁷ Páginas 37 a 39 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Página 40 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁹ Páginas 41 a 44 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁰ Páginas 64 a 68 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵¹ Páginas 3 a 5 del archivo nº 03 del cuaderno 2 del expediente digital.

existe ninguno de maleteros o auxiliares de equipaje.

Se expuso que en el archivo de la entidad no hay prueba de que el accionante hubiese desempeñado las funciones que narró en la demanda, que hubiera cumplido un horario de trabajo o que existiera dependencia o subordinación.

Se indicó en el citado informe que dentro del presupuesto de INFICALDAS no se evidencia el pago por concepto de servicios prestados por el demandante en ninguna de las sedes de la entidad y mucho menos en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia.

En el informe se refirió que las actividades realizadas por los maleteros se desarrollaron por voluntad propia de éstos, pues conocían que no existía dicho cargo en la planta de personal de INFICALDAS. En ese sentido, se consideró que la entidad no podía reconocer salarios y prestaciones que no adeudaba por no haber existido nunca una relación laboral ni contractual.

n) En el trámite del proceso se recibieron los siguientes testimonios, de los cuales se extrae lo que también se indica en seguida:

- Reinel Rodríguez Arenas⁵²
 - Ex servidor de la Policía Nacional.
 - Desde mayo de 2003 hasta 2012, laboró como policía en el Aeropuerto La Nubia.
 - Con ocasión de su trabajo en la terminal aérea conoció al accionante, ya que, según el testigo, eran compañeros de trabajo, en la medida en que aquél se desempeñaba como maletero en el aeropuerto.
 - Antes de que ingresara al aeropuerto en mayo de 2003, ya había advertido desde 2002 que el demandante fungía como maletero.
 - No sabe quién autorizó al actor para laborar como maletero, pero veía que quienes se desempeñaban en dicha actividad llegaban con su papeleo al aeropuerto remitidos de INFICALDAS, o iban apadrinados por alguien de INFICALDAS, se entrevistaban con el administrador, llenaban unos formularios e iniciaban sus labores.
 - No le consta que hubiera habido un contrato entre INFICALDAS y el accionante.

⁵² Minuto 9:32 a 1:13:13 del archivo nº 18 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Despues de llenar todos los formularios, los carnetizaban. Les hacían visita domiciliaria y visita por parte de la Policía como procedimiento de seguridad, hacían un estudio de seguridad y pasaban el informe al administrador o a INFICALDAS.
- El testigo no hizo visitas al actor, no le consta que otro policía hubiera hecho visita, pero sabe que esos estudios de seguridad había que hacerlos cada año.
- Las visitas de seguridad se realizaban regularmente a los maleteros, porque llegaban apadrinados de un día para otro y la seguridad del aeropuerto es muy delicada; no sabe si se hacían a todo el personal de INFICALDAS.
- Vio al actor portar carné que lo autorizaba para trabajar en el aeropuerto.
- El carné que portaba el actor era el mismo que portaban todos los empleados de INFICALDAS.
- Además del carné, los maleteros llevaban una camiseta o un overol distintivo con el logo de INFICALDAS adelante, y en la parte de atrás se especificaba que eran maleteros.
- Si no portaban el carné, los funcionarios de Policía pasaban el informe a la administración y los podían sancionar o los suspendían, dependiendo de las faltas que tuvieran.
- La Policía tenía orden de no dejar pasar a nadie que no portara carné.
- Anualmente les daban dotación, sobre todo para fin de año y ferias.
- Para cuando el testigo se retiró de la Policía en el 2012, el actor continuaba trabajando en el aeropuerto.
- No sabe hasta qué fecha el actor estuvo realizando su labor en el aeropuerto, pero cree que fue en 2016 o 2017, porque aquel le pidió que le sirviera de testigo.
- Lo que sabe del retiro del accionante es que los reunieron y les dijeron que se tenían que retirar de las instalaciones.
- El demandante tenía un horario de trabajo que iba desde las 5:00 a.m. hasta el cierre del aeropuerto que estaba estipulado entre las 6:00 p.m. y 6:30 p.m. Sin embargo, tenía que esperar hasta que saliera el último vuelo y toda la gente del aeropuerto para poder retirarse. El demandante trabajaba todos los días.
- Si los maleteros llegaban tarde, los sancionaban.
- Sabe que ese era el procedimiento porque les enviaban una circular a los policías informándoles que determinado maletero no podía ingresar a las instalaciones por ciertos días.

- Los maleteros regularmente llevaban el almuerzo, pero cuando debían salir a almorzar, lo hacían con indicaciones de turnos para ello.
- Dentro de las funciones que desempeñaba el accionante se encontraban las de: llevar las maletas a las distintas aerolíneas donde viajaban los pasajeros, abrir las puertas de acceso al aeropuerto, prender luces, acomodar las instalaciones para que éstas estuvieran en perfecto estado en materia de aseo, y realizar reemplazos a compañeros que faltaran por alguna incapacidad o necesidad.
- Llegó a ver al demandante haciendo reemplazos de otros empleados en el aeropuerto, como en el módulo de información, en la puerta de la sala de abordaje, en la sala de equipajes y también en la puerta de acceso a las oficinas.
- Los maleteros cobraban una tarifa a los pasajeros, la cual era previamente fijada por INFICALDAS para cada año, y regularmente era de \$3.000. La entidad expedía un comunicado y lo pegaba en la puerta de acceso al aeropuerto, indicando el valor de la tarifa.
- No se podía cobrar una tarifa superior, porque cuando ello pasaba los pasajeros ponían la queja en la administración.
- Cuando el testigo iba a la administración o por simple rutina de rondas se daba cuenta que la suma recaudada la llevaban a la administración; y por la tarde les pagaban con lo que se hacían en el día. Todos los días les pagaban conforme a lo recolectado. Desconoce si le pagaban algún valor adicional al que diariamente recibían.
- No sabe cuánto recibían diariamente, pero por los comentarios que escuchaba, no era un valor fijo, sino que era variable porque dependía de lo que les dieran los pasajeros.
- Los maleteros recibían órdenes, ya fuera por circulares que se fijaban en el módulo de información, o verbales que provenían directamente del administrador del aeropuerto que era el señor Reinerio Cuartas Rodríguez. Dependían de la administración. Cualquier queja que algún pasajero o entidad realizara contra ellos, debía manifestarla a la administración.
- La administración le daba instrucciones al accionante de cómo desarrollar las labores. Algunas órdenes las daba por escrito, porque se presentaban quejas de los pasajeros por la actitud de los maleteros, entonces la administración les recordaba el buen trato a los pasajeros, la forma de comportarse, el uso del carné y del uniforme. El testigo presenció algunos de esos momentos.

- No recibía órdenes de ninguna aerolínea, ya que dependían exclusivamente de INFICALDAS.
- El actor no podía prestar el servicio de maletero de forma autónoma. No se permitían trabajadores de la calle o ambulantes.
- No vio que el actor desarrollara labores independientes o para otra empresa.
- A los hangares sólo pueden ingresar los pilotos y el personal de Policía para realizar las inspecciones.
- Los maleteros se podían desplazar hacia los hangares con conocimiento y autorización de la administración. Supone que también cobrarían tarifa.
- Cuando hacían reuniones relacionadas con la seguridad, citaban a todo el personal, incluyendo no sólo a la Policía sino también a los maleteros.
- Le consta que los maleteros asistían a las capacitaciones de seguridad, porque los mismos policías tenían que estar ahí.
- Vio que hacían capacitaciones programadas por INFICALDAS para sus trabajadores.
- Para fin de año, INFICALDAS hacía reuniones en el aeropuerto e integraciones; y los maleteros participaban de esas integraciones.
- No puede dar una cifra exacta de maleteros, ya que algunas veces algún maletero era desvinculado por la comisión de una falta grave o llegaban nuevos maleteros, pero en temporada alta podrían ser 25 maleteros.
- El actor no se podía ausentar de su lugar de trabajo libremente; debía contar con autorización del administrador. El testigo veía que se comunicaban con el administrador o el encargado. O también se daba cuenta por comentarios que escuchaba de los mismos maleteros.
- No sabe si los permisos eran verbales o también escritos.
- Cuando el gerente u otros funcionarios de INFICALDAS iban al aeropuerto, se daban cuenta de la labor que prestaban los maleteros. Prueba de eso es que éstos mismos eran los que se encargaban de manejarle el equipaje al gerente o al funcionario de INFICALDAS. Incluso tenían prohibido cobrarles la tarifa.
- En una ocasión le ordenaron al actor, por parte de INFICALDAS, que lavara unos vehículos, y como aquél los chocó, lo iban a echar, pero luego sólo lo sancionaron.
- No sabe cómo fue el proceso sancionatorio que se llevó a cabo, pero le consta que sí lo sancionaron porque a la Policía le llegó la circular.

- De INFICALDAS había el siguiente personal: en parqueadero, en las oficinas, el administrador, el cuerpo de bomberos, maleteros, personal en puesto de información y puertas. No sabe cómo era la vinculación de ellos.
- Jorge William Tangarife García⁵³
 - Trabajó en el Aeropuerto La Nubia como auxiliar de equipaje durante 11 años.
 - Presentó demanda contra INFICALDAS por las mismas circunstancias que lo hizo el actor.
 - El accionante es testigo dentro del proceso que éste tiene contra INFICALDAS.
 - Conoció al demandante porque éste trabajó con el testigo en el aeropuerto. Eran compañeros de trabajo.
 - El testigo llegó a laborar al aeropuerto en el 2007, y para esta fecha, el actor ya estaba trabajando allí. En algún momento éste le comentó que inició en julio de 2002. Trabajaron hasta el 10 de marzo de 2018.
 - No se firmó contrato. Todo fue verbal. Para la contratación se llevaba la hoja de vida, se entrevistaban con el administrador y ya.
 - Tenían horario de trabajo de 5:00 a.m. a 6:00 p.m. Trabajaban todos los días.
 - El administrador revisaba cámaras y ahí se daba cuenta si habían llegado a tiempo a reclamar las llaves.
 - El actor fue suspendido por llegar tarde a trabajar una vez.
 - Dentro de las funciones que tanto el actor como el declarante desempeñaban en el aeropuerto, estaban las siguientes: reclamar las llaves para verificar que la banda de equipaje estuviera funcionando, abrir puertas, apagar luces, encender luces, izar banderas y quitarlas en la noche, hacer aseo los fines de semana y, por disposición de la administración, reemplazar a alguno de los funcionarios de INFICALDAS que tuviera que ausentarse o que no iba a laborar, como sucedía en el puesto de información o en el control de puertas a la sala de abordaje.
 - Recibían órdenes del administrador de ese momento que era el señor Reinerio Cuartas, o de quien lo reemplazaba temporalmente, que también eran funcionarios de INFICALDAS.
 - Las órdenes que les daba eran: reemplazar a algunos funcionarios de INFICALDAS, estar pendientes de las

⁵³ Minuto 6:17 a 1:10:16 del archivo nº 19 del cuaderno 1 del expediente digital.

banderas, de las puertas, de las luces, de recoger basuras y mantener en perfecto estado las instalaciones. El personal de aseo sólo estaba en semana, por eso a ellos les tocaba los fines de semana.

- Estaban directamente bajo el mando de INFICALDAS no de ninguna aerolínea.
- No podían realizar actividades diferentes a las asignadas.
- No podían ausentarse sin la autorización de la administración porque los sancionaban. Tenían que ir a pedir permiso y justificarlo. El permiso era verbal.
- Las actividades se remuneraban con una tarifa que era implementada por la administración. Recaudaban la tarifa y en horas de la tarde la administración le pagaba a cada uno y hacían un promedio de \$25.000 a \$30.000 diarios. La tarifa se cobraba al pasajero y se la entregaban a la administración.
- Trabajaban por turnos. No lo hacían todos a la vez sino por turnos. Y cada que terminaban su turno, llevaban la plata a la administración.
- No les pagaban dineros adicionales.
- Cuando incumplían el horario de ingreso al aeropuerto se hacían acreedores a una sanción, que a veces era de 2 o 3 días, y si era reincidente, ya había suspensión del trabajo. Cuando cobraban más de la tarifa, que eran \$3.000, y si la administración se daba cuenta, los suspendían. También si se metían en zonas no autorizadas por la administración podían ser sancionados, como por ejemplo a los hangares. Cuando discutían con algún pasajero, se hacían merecedores a una suspensión.
- Les daban un carné que los identificaba como auxiliares de equipaje. También les daban de dotación una gorra, camiseta con el logo de INFICALDAS, una faja y un carrito para trabajar.
- Cuando se les dañaba el carro, ellos lo reportaban a la administración y ésta los mandaban a reparar.
- A todos les entregaban la misma dotación, y cada 6 meses les daban camisetas y gorras nuevas.
- Los funcionarios de INFICALDAS eran quienes les hacían entrega de la dotación, y a veces los hacían firmar unas planillas por la entrega de esa dotación.
- Era obligación portar la camiseta, la gorra y el carné.
- En el aeropuerto no permitían el ingreso sin tener el carné.

- En el aeropuerto dictaban capacitaciones y charlas cada mes o dos meses; y los maleteros eran citados a través de circulares enviadas a todas las dependencias del aeropuerto.
 - Las capacitaciones eran obligatorias. Si no asistían, los suspendían.
 - INFICALDAS hacía una fiesta anual a final de año y participaban los maleteros.
 - En marzo de 2018 llegaron a laborar normalmente, y a mediodía llegó un funcionario de INFICALDAS, el cual, con el administrador y una sargento de la Policía, los citaron a la terraza del aeropuerto, y ahí les manifestaron que a partir de ese momento no podían laborar más en las instalaciones. Les quitaron los carros y dieron la orden de que no los dejaran ingresar a laborar.
 - Luego del retiro no les pagaron prestaciones ni aportes a salud y pensión.
 - De INFICALDAS en el aeropuerto estaban el administrador, los bomberos, secretarias, el señor de información, los funcionarios de las puertas. Esos funcionarios recibían sueldo mensual.
 - Cuando sufrían algún accidente en las instalaciones, iban al administrador y éste los remitía al médico del aeropuerto, quien les daba o no incapacidad. Pero realmente este último caso nunca se dio en relación con el actor. Para el caso del testigo, el administrador le dio plata y mercado cuando aquél se incapacitó.
 - A los hangares sólo podía ingresar el propietario y si éste requería un maletero, éstos debían tener autorización de la administración.
 - Todos estaban en régimen subsidiado con SISBEN.
 - Los llamaban a descargos, o les hacían un llamado de atención primero y los suspendían unos días, y si ya era reincidente, los retiraban.
 - Había una carpeta en la administración donde estaban los deberes del maletero. A éstos les tocaba leerla para saber cuáles eran sus deberes y funciones.
- Aldemar Gutiérrez Rave⁵⁴
 - Laboró para INFICALDAS. Fue auxiliar de equipajes por 18 años, desde 2000 a 2018.
 - Conoce al demandante porque fueron compañeros de trabajo.

⁵⁴ Minuto 00:18 a 36:11 del archivo nº 20 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Presentó demanda contra INFICALDAS por las mismas circunstancias que llevaron al actor a demandar.
- El accionante es testigo dentro del proceso que éste tiene contra INFICALDAS.
- El actor llegó a trabajar en el aeropuerto luego de que lo llamaran para eso, una vez aquél llevó la respectiva hoja de vida.
- El accionante ingresó al aeropuerto el 25 de julio de 2002. Lo recuerda porque para esa temporada era vacaciones de mitad de año y necesitaban personal para trabajar.
- Entraban a laborar desde las 5:00 a.m. hasta las 6:00 p.m. Llegaban, se uniformaban, apagaban luces, ponían las banderas, reclamaban las llaves de la sala de equipaje, hacían aseo, alistaban los carros para transportar el equipaje. Cuando los empleados de INFICALDAS faltaban por cualquier motivo, los mandaban a cubrir esos puestos. A veces quemaban pólvora para espantar las garzas que eran un peligro para los aviones.
- El actor realizó reemplazos en otras áreas, como en información, o en puertas, en el ingreso a administración.
- La administración les daba las órdenes. El administrador era Reinerio Cuartas Rodríguez y ya luego fue Alejandro Motato.
- No podían realizar otras actividades distintas a las asignadas por la administración.
- Si no realizaba las labores, lo suspendían.
- La gerencia de INFICALDAS también les daba órdenes porque muchas veces les entregaban las maletas para llevar a la administración o los ponían a lavar carros.
- Los que reemplazaban temporalmente al administrador también les daba órdenes. Los reemplazos eran de INFICALDAS.
- No recibían órdenes de aerolíneas sino de la administración o de INFICALDAS.
- El actor no podía ausentarse de las instalaciones de forma autónoma, sino que debía pedir permiso.
- INFICALDAS establecía una tarifa y era la que ellos cobraban y la llevaban a la administración. Por la tarde, los llamaban y les pagaban el diario. Les pagaban proporcional dependiendo de lo que se había producido.
- No les pagaban valores adicionales.
- Los maleteros no podían cobrar más de la tarifa.
- El valor que recibían diariamente era más o menos \$15.000 o \$20.000.

- INFICALDAS entregaba dotación. Lo primero era el carné, la dotación y el carrito para el equipaje.
- No se cancelaba dinero para que les dieran dotación.
- El carné y la dotación eran exigencia para laborar.
- Cuando ya se les dañaba la dotación, la llevaban a la administración y ésta le solicitaba a INFICALDAS una nueva.
- Hubo muchos que los retiraron por faltas como cobrar de más en la tarifa.
- Muchas veces los suspendían, pero por faltas menores.
- El actor trabajó de manera continua.
- Los desvincularon a todos el 7 de marzo de 2018. Los citaron a reunión en la terraza del aeropuerto con el subgerente, el abogado, la Policía y el administrador. Tuvieron que entregar las pertenencias, el carné y los cuartos de alojamiento que les habían dado. Ya no podían prestar servicios de maleteros.
- No les pagaron prestaciones sociales ni aportes a salud y pensión.
- Si estaba suspendido, el actor no podía entrar al aeropuerto a prestar sus servicios.
- No podían ingresar terceros a prestar los servicios de maleteros.
- Salían circulares citándolos a capacitaciones.
- El actor participó en integraciones realizadas por INFICALDAS cada año.
- Si había alguna incapacidad o enfermedad para laborar, los maleteros debían presentarse en la administración para que les dieran la orden para ir al médico del aeropuerto.
- El actor llegó a estar incapacitado y no le pagaron la incapacidad.
- En los hangares del aeropuerto sólo pueden ingresar los autorizados por la administración. Si los maleteros requerían entrar, tenían que pedir la autorización, y les daban un carné para pasar.
- El accionante ingresó varias veces a los hangares pero con autorización de la administración y con carné. Ingresaba a llevar gasolina o a subir o bajar equipaje. Pagaban la tarifa por esos servicios y esa plata se llevaba a la administración.
- La planta del aeropuerto está conformada por: los bomberos, la seguridad, los de aseo, los auxiliares de equipaje y la Policía.
- La hoja de vida del testigo la llevó a INFICALDAS y de ahí ya la mandaron al aeropuerto.
- No les entregaron manual de funciones. Todo era verbal.
- Si los maleteros no estaban, el aeropuerto no se cerraba, sino

que debía funcionar normalmente.

■ Andrés Mauricio Gaitán Guzmán⁵⁵

- Abogado.
- Laboró para INFICALDAS desde el 6 de junio de 2017 hasta el 27 de enero de 2020 como secretario general de la entidad.
- No conoce al actor.
- Conoce los hechos de la demanda porque cuando laboraba para INFICALDAS llegaron las reclamaciones administrativas de los maleteros.
- Los maleteros no estaban vinculados con la entidad. No tenían cargo ni funciones. Por liberalidad de ellos realizaban unas actividades en el aeropuerto, pero sin tener ningún vínculo con INFICALDAS.
- Cuando el testigo ingresó, los maleteros ya llevaban buen tiempo realizando esas actividades.
- No se autorizó a nadie para prestar esas funciones porque no hacían parte de la planta de personal de la entidad.
- Los maleteros requerían autorización del aeropuerto para acceder a ciertos lugares como la sala de descargue de equipajes. El administrador era quien autorizaba, y eso fue lo que INFICALDAS quiso corregir.
- El administrador era un empleado público de INFICALDAS.
- El administrador verbalmente les permitía el ingreso para que pudieran ganarse el sustento diario.
- Los pasajeros les daban una dádiva a los maleteros por prestar ese servicio.
- A veces utilizaban unos carros que la entidad tenía dispuestos para transportar equipaje sin que les hubieren sido asignados a ellos, pues los pasajeros podían igualmente hacer uso de aquellos.
- Los maleteros hicieron uso de los carros porque estaban ubicados en zona de libre acceso para cualquier persona.
- No sabe cuántos eran maleteros, pero cree que eran más o menos 10.
- No tiene conocimiento de si el administrador les daba órdenes.
- INFICALDAS no se les hacía entrega de dotación. Tiene entendido que las camisetas con el logo y el nombre de maleteros las hicieron estos mismos.

⁵⁵ Minuto 00:08 a 47:55 del archivo nº 21 del cuaderno 1 del expediente digital.

- Por parte de INFICALDAS, la administración no estaba autorizada para administrar dineros por concepto de las actividades que realizaban los maleteros.
- La gerencia de INFICALDAS y el administrador del aeropuerto tuvieron una reunión en la que se le manifestó a éste que los maleteros no podían ingresar a áreas restringidas (sala de llegada de equipaje, administración, hangares).
- Anteriormente los maleteros ingresaban a las áreas restringidas.
- No tiene conocimiento de si tenían un espacio asignado para cambiarse y dejar sus pertenencias.
- Salvo que el mismo administrador les pidiera algún favor, los maleteros no desarrollaban labores administrativas porque para eso estaba el personal vinculado a la institución.
- Las puertas del aeropuerto las abre el capitán de bomberos.
- INFICALDAS tiene personal contratado para vigilancia y para aseo.
- Hay personal especializado integrado en un comité que está encargado de espantar las garzas. Utilizaban varias herramientas (perros, cornetas y pólvora).
- Los bomberos prestan turnos de 5:00 a.m. a 5:00 p.m.
- Hasta principios de año, la planta de personal del aeropuerto está conformada por 22 o 23 cargos en el aeropuerto La Nubia, conformada por un administrador, 5 personas distribuidas en mantenimiento y parqueadero y 16 bomberos aeronáuticos. No existen cargos de maleteros o de auxiliares de equipaje.
- La secretaría general de INFICALDAS es la responsable de expedir carnés para los funcionarios de planta de la entidad. En el aeropuerto existen unos carnés que por reglamento aeronáutico tienen una nomenclatura especial y es el administrador el que autoriza directamente el ingreso a esas zonas restringidas.
- A los maleteros no se les hizo carnetización.
- La nómina sale únicamente para el personal de planta.
- El administrador manejaba dinero en caja menor, y esto fue algo que se corrigió por parte de INFICALDAS.
- En INFICALDAS no obra archivo documental de hojas de vida o documentación de maleteros.
- Quien estaba en control interno en la entidad generó unas alertas por el tema de que terceras personas estuvieran ingresando a zonas restringidas. Con base en esto fue que la entidad hizo los correctivos necesarios.

- INFICALDAS sí expide circulares sobre tarifas, pero relacionadas con el valor del parqueadero o con lo que debe pagar una persona para carnetizarse, o por derechos aeroportuarios.
 - El administrador no estaba autorizado para entregar dotación a los maleteros. La secretaría general era la encargada de hacer dotación, pero a los empleados de planta.
 - El administrador no podía llamarles la atención a los maleteros, ni capacitarlos, y tampoco verificar que cumplieran horarios, ya que se trataba de particulares que no tenían vinculación con la entidad.
 - Como el administrador no los estaba dejando entrar a áreas restringidas, los maleteros solicitaron una reunión, y el mismo testigo se reunió con ellos, acompañado de la Policía, y les reiteró que no tenían permitido ingresar a dichas zonas.
- o) Del interrogatorio de parte practicado en este asunto y rendido por el señor José Helver Zapata Mendieta⁵⁶, se resalta lo siguiente:
- Escuchó en la radio que se necesitaban auxiliares de equipaje en el aeropuerto y llevó la hoja de vida. A los 8 días lo llamaron, le pidieron unos documentos y diligenció un formulario. Todo fue verbal.
 - Las funciones que realizaba eran por disposición del administrador.
 - El salario que devengaba provenía de las propinas de los pasajeros.
 - Cuando ingresó a laborar no le dijeron nada de prestaciones sociales. Por el trabajo, nunca se opuso a que no le pagaran prestaciones.
 - No le entregaron manual de funciones. Todo fue verbal.
 - Si quería ausentarse del aeropuerto, se debía dirigir a la administración y solicitar el permiso correspondiente.
 - La planta de personal del Aeropuerto La Nubia está conformada por: 2 personas en el parqueadero, administrador, secretarias, 4 personas de puertas, seguridad, bomberos e inspectores de rampa.
 - Con los carnés que tenían se podían mover por las instalaciones del aeropuerto.
 - No firmó planillas de pago, porque el pago era de los pasajeros con ocasión de la tarifa que les cobraban a los pasajeros.
- 4. Examen del caso concreto: acreditación de la vinculación como funcionario de hecho**

⁵⁶ Minuto 47:57 a 1:07:16 del archivo nº 21 del cuaderno 1 del expediente digital.

Dado que en este asunto la parte actora alega que estuvo supuestamente vinculado con INFICALDAS como funcionario de hecho, el Tribunal estudiará a continuación si se acreditó o no la configuración de la vinculación aludida.

Como se indicó en su momento, la referida figura exige que se acrediten los siguientes requisitos: **i)** existencia del cargo en la planta de personal de la entidad; **ii)** ejercicio de funciones de manera irregular; **iii)** realización de dichas funciones de la misma forma y apariencia como las hubiera desempeñado una persona designada regularmente; y **iv)** probar que la actividad hubiera sido personal y permanente, que por dicha labor se hubiese recibido una remuneración o pago y que en la relación con el empleador existiera subordinación o dependencia. Tales elementos pasan a analizarse a continuación.

4.1 Existencia del cargo en la planta de personal de la entidad

Según se indicó en esta providencia, en la planta de personal del Aeropuerto La Nubia, perteneciente a INFICALDAS como una unidad de negocio, existen los siguientes empleos:

Nº DE CARGOS	CARGO	PROPÓSITO PRINCIPAL
1	Profesional especializado	Administrar el sistema operativo y funcional del Aeropuerto la Nubia.
1	Capitán de bomberos	Dirigir y coordinar conjuntamente con el Profesional Especializado la oportuna realización de las actividades de salvamento, extinción de incendios, prevención de desastres y demás situaciones de riesgo que puedan presentarse con base en las normas de seguridad establecidas por la Aerocivil y la Organización de la Aviación Civil Internacional – OACI.
15	Bomberos	Atender en forma ágil y oportuna las tareas de salvamento, extinción de incendios y cualquier situación de riesgo que pueda presentarse en el Aeropuerto, con base en las normas establecidas por la Aerocivil y la Organización de la Aviación Civil Internacional – OACI.
2	Ayudante código 472 grado 02	Realizar la entrega de correspondencia del Instituto en las diferentes entidades que lo requiera y responder por la integridad de los documentos, encomendados de acuerdo a las normas y procedimientos vigentes.

2	Ayudante código 472 grado 04	Garantizar la correcta y oportuna prestación del servicio de parqueadero, cumpliendo con las normas de control y seguridad establecidas por el Instituto.
2	Auxiliar de servicios generales	Ejecutar labores relacionadas con aseo y mantenimiento de las áreas a su cargo.

Conforme a lo expuesto en la demanda, durante el período comprendido entre el 25 de julio de 2002 y el 7 de marzo de 2018, la parte actora supuestamente se desempeñó en el Aeropuerto La Nubia como auxiliar de equipaje o maletero, en virtud de lo cual, además de las actividades propias de transportar equipaje a los pasajeros, realizaba otras funciones, al parecer, de tipo asistencial, tales como: abrir las puertas de acceso al aeropuerto, encender y apagar luces, izar banderas y quitarlas en la noche, reclamar las llaves para verificar que la banda de equipaje estuviera funcionando, acomodar las instalaciones para que estuvieran en perfecto estado, hacer aseo en semana mientras llegaba el personal de servicios generales, asear los fines de semana en los que no había auxiliares de servicios generales, alistar los carros para transportar el equipaje, quemar pólvora para espantar las garzas que eran un peligro para los aviones, y realizar reemplazos a compañeros que faltaran por alguna incapacidad o necesidad.

Atendiendo la planta de personal del Aeropuerto La Nubia, es evidente para este Tribunal que no existe cargo de auxiliar de equipaje o maletero, y menos un empleo con las funciones que supuestamente desempeñaba el actor.

Sin perjuicio de lo anterior, como se indicó en la parte motiva de esta providencia, el requisito de acreditar la existencia del cargo a efectos de reconocer una situación de funcionario de hecho no puede ser rígido ni absoluto, y su demostración no es indispensable cuando la misma entidad ha tolerado que el trabajador desarrolle actividades **propias** de la administración sin la existencia del empleo en su planta de personal.

Tal como se reseñó en el acápite de hechos probados, uno de los hallazgos descritos en el informe de auditoría realizado por INFICALDAS en 2017, consistió en la presencia de personas que ejecutaban actividades **no oficiales o informales** en el aeropuerto, como es el caso de los llamados maleteros o, mejor, equipajeros, como los define la Resolución nº 00892 del 11 de marzo de 2004, con la cual la Aeronáutica Civil unificó el Programa Nacional de Seguridad Aeroportuaria de la Aviación Civil y lo incorpora a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia; circunstancia frente a la cual se solicitó establecer los controles y correctivos pertinentes por parte de la entidad.

No obstante que el Tribunal no puede desconocer que al interior de las

instalaciones del Aeropuerto La Nubia concurrieron varias personas, entre ellos el demandante, a desarrollar labores como equipajeros, auxiliares de equipaje o maleteros al servicio de los pasajeros de la terminal aérea, lo cierto es que tales actividades no pueden catalogarse como propias de INFICALDAS o en relación directa con el objeto social de ésta, razón por la que efectivamente no existe un empleo en la planta de personal creado específicamente con esa finalidad.

Así las cosas, por más que, al parecer, la entidad demandada, a través de la administración del Aeropuerto La Nubia, hubiera permitido y autorizado el ingreso del demandante a zonas restringidas de la terminal aérea, así como la realización de actividades de auxiliar de equipaje, dichas labores no son propias de INFICALDAS ni de la terminal aérea, de manera que tampoco se cumple este supuesto que permita reconocer una situación de funcionario de hecho.

4.2 Ejercicio de funciones de manera irregular y de la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente

La consecuencia lógica de que no exista cargo en la planta de personal de la entidad consiste en que tampoco puede hablarse de ejercicio de funciones de manera irregular, ni de la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente, ya que justamente no hay labores debidamente reglamentadas que el accionante pudiera efectuar y tampoco rubro fijado en el presupuesto para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

4.3 Prueba de los elementos configurativos de una relación laboral (prestación personal y permanente, remuneración o pago y subordinación o dependencia)

Tal como se indicó al inicio de la parte considerativa de esta providencia, además de los requisitos mencionados se debe acreditar que la actividad de quien alega la condición de funcionario público de hecho se prestó de manera personal y permanente, percibiendo una remuneración o pago y bajo la continua subordinación o dependencia.

En punto a este requisito, la Sala observa que si bien con las pruebas recaudadas podría darse por demostrado que el demandante prestó de manera personal su servicio como equipajero, auxiliar de equipaje o maletero, no sucede lo mismo con los restantes supuestos de una relación laboral.

En efecto, conforme a los testimonios recibidos, la suma que diariamente percibía el accionante provenía no del presupuesto de INFICALDAS sino de los dineros que recaudaba a los pasajeros a quienes les prestaba sus servicios como auxiliar de equipaje o maletero. De hecho, es el mismo demandante quien en el interrogatorio de parte reconoció que lo devengado procedía de las propinas de los pasajeros.

Aun cuando al parecer existía una tarifa fijada directamente por la administración del aeropuerto, o ésta intervenía para la distribución de lo recaudado, dichas circunstancias no permiten afirmar que era INFICALDAS quien remuneraba diariamente al accionante.

No obran en el expediente comprobantes de pago, trasferencias, consignaciones o recibos de pago que demuestren la existencia de una contraprestación al demandante con ocasión de la actividad que realizaba en el Aeropuerto La Nubia de Manizales.

En relación con la subordinación o dependencia, el Tribunal considera que carece de elementos materiales probatorios que le permitan determinar con certeza y precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrolló la actividad que realizaba el actor en la terminal aérea. Se explica.

De los testimonios recaudados no se desprende la imposición y el cumplimiento de un horario de trabajo, pues los declarantes no sólo no ofrecieron mayores detalles al respecto, sino que además sólo indicaron el lapso que los maleteros en general permanecían en el aeropuerto, y en el caso del testigo Reinel Rodríguez Arenas, no precisó la razón del conocimiento acerca del horario al que específicamente estaba sometido el actor. Adicionalmente, es apenas lógico para este Tribunal que si el objetivo del accionante era poder brindar sus servicios como equipajero, auxiliar de equipaje o maletero a los pasajeros que arribaban al aeropuerto, era por esa misma liberalidad por la que permanecía determinado tiempo en la terminal aérea conforme a los vuelos programados.

Lo mismo acaece con las supuestas órdenes que recibía y acataba el demandante, ya que sobre la existencia de aquellas sólo se hizo mención general y no se precisó alguna en particular en lo que respecta al señor José Helver Zapata Mendieta.

En cuanto a la supuesta carnetización, la Sala advierte que ésta resulta coherente con la seguridad que debe existir en un aeropuerto, y que su imposición era por razón de control administrativo para el ingreso a la terminal aérea y a zonas restringidas como los hangares, en los cuales los

maleteros y, particularmente el señor José Helver Zapata Mendieta, podía ser requerido.

En efecto, de conformidad con la Resolución nº 00892 del 11 de marzo de 2004 expedida por la Aeronáutica Civil, por la cual se unifica el Programa Nacional de Seguridad Aeroportuaria de la Aviación Civil y se incorpora a los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia, para el ingreso de personas a las áreas restringidas de los aeropuertos, deben expedirse autorizaciones que pueden ser permisos permanentes o carnés, o permisos temporales. Tal como lo dispuso la citada norma, *"Para el control de loteros, equipajeros, lustrabotas y demás personas que estén debidamente autorizadas para realizar actividades permanentes en las áreas públicas de los aeropuertos, se autoriza la expedición de un carné de uso exclusivo en dichas áreas cuyo diseño será distinto a los carnés de áreas restringidas. Este documento no tendrá los mecanismos que se utilizan para el control de acceso a las áreas restringidas (códigos de barras, barras de colores o banda magnética) y contendrá el oficio que desarrolla la persona y el nombre de la asociación a la que pertenece. // Estas personas tendrán la obligación de denunciar ante las autoridades aeroportuarias, cualquier anomalía o situación irregular atentatoria contra la seguridad que llegaren a presenciar"* (resalta la Sala).

Así pues, el hecho de suministrar al demandante un carné o de exigirlo para su ingreso y permanencia en las instalaciones del Aeropuerto La Nubia, no permite inferir que por ello se estuviese ejerciendo una subordinación de carácter laboral. Incluso, llama la atención que en uno de dichos carnés se señale que el actor desarrollaba sus actividades como trabajador independiente.

En lo que respecta a la supuesta entrega de dotación, los testigos tampoco dieron cuenta en detalle de tal circunstancia, máxime si, como lo sostuvo el declarante Andrés Mauricio Gaitán Guzmán, la secretaría general de INFICALDAS, de la cual él era responsable, se encargaba de dotar a sus empleados de planta, y negó que así hubiese sucedido con el accionante y los demás maleteros; incluso afirmó que fueron estos mismos quienes se uniformaron.

El uso de los carros para transportar equipaje tampoco es un indicio de subordinación o dependencia, en la medida en que aquellos estaban dispuestos por el aeropuerto para cualquier pasajero que los requiriese.

En punto a la función de aseo, que sería la única que encajaría en la planta de cargos del aeropuerto, los mismos testigos reconocieron que existía personal de planta encargado de ello.

Por lo expuesto, resulta claro que no concurren los elementos propios de una relación laboral, que permitan la aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Conclusión

De conformidad con el análisis realizado, esta Sala de Decisión considera que el señor José Helver Zapata Mendieta no demostró que ostentara la calidad de funcionario de hecho de INFICALDAS, por cuanto: **i)** dentro de la planta de personal del Aeropuerto La Nubia no se encuentra contemplado el cargo de auxiliar de equipaje, maletero o similar, por lo que tampoco es posible determinar el ejercicio irregular de funciones y en la misma forma que lo hubiese hecho un servidor público debidamente designado; y **ii)** no se demostraron todos los elementos propios de una relación laboral, que permitan la aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Así las cosas, se declararán probadas las excepciones propuestas por INFICALDAS y, como consecuencia de ello, se negarán las pretensiones de la parte demandante.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión considera que en este caso hay lugar a disponer sobre la condena en costas en esta instancia.

Antes de resolver si en el caso particular se encuentran dados los supuestos de procedencia para la condena en costas, este Tribunal considera necesario, como lo ha hecho el Consejo de Estado⁵⁷, indicar qué comprende dicho concepto, así:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁵⁸ y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección 'A'. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicado: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

⁵⁸ Cita de cita: Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP⁵⁹, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁶⁰ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁶¹.

En pronunciamiento de la Sección Segunda del Consejo de Estado⁶² se señaló que la condena en costas “(...) implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. (...)”, y en virtud de lo cual el Juez debe revisar si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Como sustento de dicha conclusión, el Tribunal remite a providencia de la misma Alta Corporación⁶³, en la que abordó en forma extensa el tema y concluyó lo siguiente:

- a) *El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio “subjetivo” –CCA- a uno “objetivo valorativo” –CPACA-.*
- b) *Se concluye que es “objetivo” porque en toda sentencia se “dispondrá” sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.*
- c) *Sin embargo, se le califica de “valorativo” porque se requiere que en el*

⁵⁹ Cita de cita: “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

⁶⁰ Cita de cita: Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999

⁶¹ Cita de cita: Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Radicación número: 44001-23-33-000-2014-90035-01(1575-16).

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 7 de abril de 2016. Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01(1291-14).

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

- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).*
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.*
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP⁶⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.*
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.*

De lo hasta aquí expuesto concluye este Tribunal que con el CPACA, la imposición de condena en costas no fue establecida de manera subjetiva en los términos previstos anteriormente por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, esto es, apelando a la observancia de buena conducta por parte de la parte vencida, sino atendiendo un criterio denominado por la jurisprudencia “*objetivo valorativo*”, producto del cual las costas proceden siempre y cuando las mismas se hayan causado y la parte interesada haya aportado prueba de su existencia, de su utilidad y de su correspondencia con actuaciones autorizadas por la ley.

Descendiendo al caso concreto y siguiendo el criterio *objetivo valorativo*, se observa que no hay prueba en el expediente de los gastos o expensas en los que hubiera incurrido la parte demandada con ocasión de este proceso. Por esa razón, no es procedente emitir condena en costas por dicho concepto.

En relación con la fijación de agencias en derecho (concepto que también hace parte de las costas), en criterio de esta Sala de Decisión, su imposición sí se encontraría justificada en principio, como quiera que en el expediente se observa que la parte accionada fue representada judicialmente por profesional del derecho que intervino activamente en la totalidad de las etapas del proceso, en virtud de lo cual no sólo contestó la demanda sino que también asistió a las audiencias inicial y de pruebas y alegó de conclusión.

⁶⁴ Cita de cita: “**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obedecimiento a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:(...)"

Ahora bien, este Tribunal se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, teniendo en cuenta que se trata de un asunto de índole laboral y, tal como lo sostuvo el Consejo de Estado en la providencia antes citada, las agencias en derecho deben fijarse atendiendo la posición de los sujetos procesales, y como en este caso es un trabajador la parte vencida, es evidente que es más vulnerable y generalmente de escasos recursos, el cual no evidenció actos de mala fe.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. DECLÁRANSE probadas las excepciones propuestas por INFICALDAS y que denominó “*NO EXISTEN PRESUPUESTOS JURIDICOS (sic) NI JURISPRUDENCIALES PARA QUE SE PRESENTE LA FIGURA DE FUNCIONARIO DE HECHO*” y “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”.

Segundo. NIÉGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el señor José Helver Zapata Mendieta contra INFICALDAS.

Tercero. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

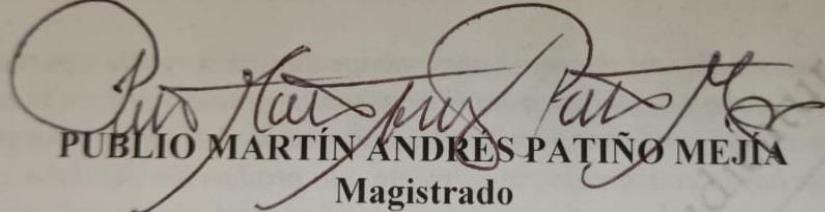
Cuarto. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Quinto. Ejecutoriada esta providencia, LIQUÍDENSE los gastos del proceso, DEVUÉLVANSE los remanentes si los hubiere, y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia Siglo XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

Con salvamento de voto

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 155

FECHA: 06/09/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

-Sala Quinta de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S.: 147

Asunto: **Sentencia de segunda instancia**
Medio de control: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Radicación: **17001-33-39-002-2017-00486-02**
Demandante: **Gonzalo Arias Arias**
Demandada: **ESE Hospital Santa Teresita de Pácora**

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 045 del 01 de septiembre de 2023

Manizales, primero (1°) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 243 y 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)¹, corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gonzalo Arias Arias contra la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora.

LA DEMANDA

Pretensiones

En ejercicio del medio de control interpuesto el 23 de octubre de 2017², se solicitó lo siguiente³:

1. Que se declare la nulidad del Oficio nº GER 046-2017 de abril de 2017,

¹ En adelante, CPACA.

² Página 2 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³ Páginas 140 a 142 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

expedido por la gerente de la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora.

2. Que se declare que entre el demandante y el Hospital Santa Teresita de Pácora existió una relación laboral en virtud de los contratos de servicios suscritos, entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016.
3. Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, se condene al Hospital Santa Teresita de Pácora al pago de las siguientes prestaciones sociales liquidadas con base en los valores pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios: **i)** primas semestrales proporcionales al tiempo laborado; **ii)** primas de navidad; **iii)** cesantías e intereses causados; **iv)** primas extra legales; **v)** dotación de calzado y ropa de labor; **vi)** vacaciones no disfrutadas; **vii)** subsidio de transporte, subsidio de alimentación y subsidio familiar; **viii)** horas extras diurnas y nocturnas y en dominicales y festivos; **ix)** indemnización moratoria por el no pago de las acreencias laborales; y **x)** las demás sumas a que tiene derecho.
4. Que además de las prestaciones sociales referidas, se condene a la entidad accionada al pago de todas aquellas establecidas en el Decreto 1042 de 1978.
5. Que se condene a la parte demandada al pago de las cotizaciones o aportes al Sistema de Seguridad Social Integral, por concepto de salud, pensión y riesgos laborales.
6. Que las sumas reconocidas se indexen de acuerdo con el IPC.
7. Que se condene en costas a la parte accionada.

Hechos de la demanda

La parte accionante sustentó sus pretensiones bajo los siguientes supuestos de hecho⁴, que en resumen indica la Sala:

1. El señor Gonzalo Arias Arias laboró al servicio del Hospital Santa Teresita de Pácora, como auxiliar administrativo en el área de urgencias de dicha ESE, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, en las fechas que se indican en seguida, devengando como última asignación \$1'050.000: del 2 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012; del 1º de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012; del 1º de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2012; del 1º de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2012;

⁴ Páginas 138 a 140 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

del 2 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013; del 1º de abril de 2013 al 31 de diciembre de 2013; del 2 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014; del 1º de julio de 2014 al 30 de septiembre de 2014; del 1º de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2014; del 2 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015; del 1º de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015; del 1º de enero de 2016 al 30 de junio de 2016; y del 1º de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016.

2. Para desempeñar las labores en el Hospital Santa Teresita de Pácora, el actor cumplía horario de trabajo por turnos de 12 horas continuas de lunes a domingo así: de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. una semana, y de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. la semana siguiente. El descanso era un día cualquiera de la semana.
3. Durante el tiempo que laboró en el área de urgencias del Hospital Santa Teresita de Pácora, el accionante recibía órdenes del jefe de personal y del coordinador de auxiliares del hospital.
4. El 31 de diciembre de 2016 se dio por terminado el contrato de prestación de servicios de manera unilateral por parte del Hospital Santa Teresita de Pácora.
5. El 8 de abril de 2017 el accionante radicó reclamación administrativa ante el Hospital Santa Teresita de Pácora; la cual fue contestada mediante Oficio nº GER 046-2017 de abril de 2017, notificado el 3 de mayo de 2017.
6. A la fecha de presentación de la demanda el Hospital Santa Teresita de Pácora no ha cancelado las sumas de dinero a que tiene derecho el actor por concepto de: cesantías, intereses a las mismas, primas de navidad, primas de vacaciones no disfrutadas, vacaciones, subsidio familiar, calzado y vestido de labores, días domingos y festivos laborados, horas extras diurnas y nocturnas, horas extras diurnas y nocturnas en dominicales y festivos, subsidios de alimentación y transporte y demás prestaciones extralegales, lo que además genera una indemnización moratoria.

Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó violadas las siguientes disposiciones⁵: Constitución Política: artículos 1, 2, 13, 25, 53, 122, 123 y 125; Ley 80 de 1993: artículo 32 –numeral 3–; Ley 244 de 1995: artículos 1, 2 y 3, modificada por la Ley 1071 de 2006.

⁵ Páginas 142 a 146 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

Sostuvo que con la expedición del acto impugnado se vulneran en forma flagrante los derechos laborales referidos, ya que las funciones para las cuales fue contratado el actor se enmarcan dentro de la órbita de una clara relación de naturaleza legal y reglamentaria sin necesidad de un profundo análisis.

Indicó que se estructuran los elementos a que hace referencia el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, actividad personal del trabajador, continua subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio. En efecto, adujo que durante toda la vinculación, cumplió de forma personal las labores para las cuales fue contratado, siempre recibió órdenes, y percibió una contraprestación económica mensual.

Aseguró que aunque la vinculación que sostuvo el actor con el Hospital Santa Teresita de Pácora se le denominó contrato de prestación de servicios, lo que en realidad se buscó con esta figura fue desvirtuar una verdadera relación de naturaleza laboral, en virtud de la cual se generan a favor del demandante los derechos que se solicitan en la demanda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Actuando debidamente representado y dentro del término legal conferido, el Hospital Santa Teresita de Pácora contestó la demanda⁶, para oponerse a las súplicas de la misma, con fundamento en que no se configuran los elementos esenciales de una relación laboral.

Precisó que aunque sí hubo prestación de servicios, lo cierto es que fue bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, en el que no hubo asignación mensual como contraprestación sino reconocimiento de honorarios, y tampoco subordinación o dependencia.

Refirió que en el año 2004 la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora entró en el plan de ajuste en el marco del Programa de Reorganización, Rediseño y Modernización de la Red Pública de Prestadores del Departamento de Caldas, por lo cual se encuentra sometida a un plan de desempeño para asegurar su viabilidad administrativa y financiera, como consecuencia de ello, internamente se congeló la nómina o planta de empleos y se han ido suprimiendo un número importante de empleos de la planta de personal, quedando como alternativa autorizada para atender la demanda de servicios, esquemas de tercerización u outsourcing y de vinculación a través de contratos de prestación de servicios con personas naturales o jurídicas.

Afirmó entonces que no resulta racional ni le apuntaría a la sostenibilidad de

⁶ Páginas 172 a 179 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

la ESE, crear y mantener en la planta, cargos que sólo se requieren merced a la variabilidad de los contratos que el hospital suscribe con los pagadores del sistema para la prestación de servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios. Acotó que de así hacerlo se iría en contravía de las políticas de ajuste establecidas y reseñadas, aunado a que el Ministerio de la Protección Social ha dispuesto que las Empresas Sociales del Estado pueden desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos.

Aseguró que la entidad demandada en ningún momento estableció turnos; que la prestación del servicio era libre y eran los mismos contratistas quienes directamente se ponían de acuerdo en el tiempo que prestarían sus servicios, en consideración a sus propias necesidades y compromisos personales, denominándolos ellos mismos como "*turnos*", sin que la entidad tuviera injerencia alguna en ello.

Precisó que las jornadas no eran de 12 horas constantemente, ya que la programación que hacían los mismos contratistas era de 6 horas en la mañana de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., o de 1:00 p.m. a 7:00 p.m.; y en algunas ocasiones de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., tal como consta en los mismos documentos anexados con la demanda.

Negó que para la época de los hechos de la demanda en la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora existiera el cargo de jefe de personal o el de coordinador de auxiliares del hospital.

Adujo que las actividades del demandante eran ejercidas libremente sin subordinación ni dependencia.

Explicó que para el año 2012 y hasta el año 2015, la planta de personal de la ESE contaba únicamente con 5 empleos, así: un gerente, un profesional universitario, 3 auxiliares asistenciales, 2 auxiliares de enfermería y un auxiliar de farmacia.

Sostuvo que el contrato terminó por vencimiento del plazo establecido para su ejecución, de conformidad con la cláusula quinta del mismo.

Propuso los medios exceptivos que denominó: "**CARENCIA DE OBJETO Y DE DERECHO**", en el entendimiento que el vínculo que sostenía el demandante con la ESE era mediante contrato de prestación de servicios autorizado por la normatividad vigente para la época de los hechos narrados, en razón a no existir el cargo en la planta de personal de la entidad; "**INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO**", en tanto el actor no tiene

derecho a que se le concedan las pretensiones incoadas, ya que su vínculo con la entidad era temporal, con autonomía e independencia y percibiendo honorarios como contraprestación; “*COBRO DE LO NO DEBIDO*”, en la medida en que los honorarios acordados por los servicios prestados fueron efectivamente cancelados en tiempo y oportunidad, por lo que la entidad no adeuda suma alguna; “*PRESCRIPCIÓN*”, en relación con todas aquellas pretensiones que se encuentren prescritas; “*BUENA FÉ* (sic)”, en razón a que el hospital siempre ha actuado con buena fe en todas sus acciones; y “*LA GENÉRICA*”, de encontrarse acreditada en el proceso.

LA SENTENCIA APELADA

El 11 de mayo de 2020, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia⁷, con la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en la medida en que: **i)** declaró probada la excepción de prescripción y no probados los demás medios exceptivos; **ii)** declaró la nulidad parcial del acto atacado; **iii)** declaró que entre las partes existió una relación laboral por el lapso comprendido entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016, sin incluir las interrupciones de tiempo entre cada contrato; **iv)** condenó al Hospital Santa Teresita de Pácora a reconocer y pagar, debidamente reajustada, la suma equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias devengadas por un auxiliar administrativo de la planta de la entidad, tomando en cuenta para tal efecto la remuneración pactada en los contratos de prestación de servicios, por el lapso comprendido entre el 19 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2016; **v)** ordenó a la parte accionada a reintegrar los valores que por concepto de cotizaciones el accionante debió efectuar al Sistema General de Seguridad Social en pensión, en el porcentaje que le correspondía a la entidad empleadora y durante el lapso comprendido entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2016, sin incluir las interrupciones de tiempo entre cada contrato; **vi)** negó las demás súplicas de la demanda; **vii)** se abstuvo de condenar en costas a la ESE accionada; y **viii)** ordenó compulsar copias del fallo a la Procuraduría Regional de Caldas. Lo anterior, con fundamento en las consideraciones que se indican a continuación.

Inicialmente diferenció el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, advirtiendo que el primero es eminentemente temporal (mientras se cumple el objeto o se supera la situación transitoria o coyuntural), y el contratista dispone de plena autonomía e independencia, sin perjuicio de las labores de coordinación que se requieran para cumplir el fin contractual.

Luego se refirió al desarrollo jurisprudencial del contrato realidad,

⁷ Archivo n° 08 del cuaderno 1 del expediente digital.

indicando que para la configuración de éste deben acreditarse los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y, en particular, la subordinación o dependencia en el desarrollo de una función pública.

De conformidad con lo anterior y atendiendo el material probatorio obrante en el expediente, la Juez *a quo* sostuvo que en el presente asunto se configuró una verdadera relación laboral, como quiera que:

- El señor Gonzalo Arias Arias estuvo vinculado con la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, para cumplir actividades como auxiliar administrativo y auxiliar de facturación en el servicio de urgencias, tales como: atender a los usuarios, registrar la información de los mismos, verificar el estado de afiliación de los pacientes y realizar las gestiones pertinentes, elaborar las facturas, controlar las visitas a los pacientes y realizar requisiciones de medicamentos, entre otras. Las citadas funciones fueron efectivamente ejecutadas por el demandante, tal como se certificó mes a mes por el hospital demandado.
- Aun cuando los testigos recaudados no laboraban con el actor en el hospital y, por ende, no les constaba de manera directa la manera específica en la cual era prestado el servicio por el demandante, lo cierto es que por la naturaleza de las actividades contratadas, éstas no podían ser ejecutadas de forma independiente por el contratista.

En efecto, el demandante ejecutaba el contrato dentro de las instalaciones del hospital, y cumplía turnos de 7:00 a.m. a 7:00 p.m., o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., con un día descanso a la semana. Lo anterior permite inferir una dependencia con el contratante, pues el contratista no podía materialmente cumplir cada una de las obligaciones del contrato con independencia de la razón de ser de la entidad, esto es, de la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, el accionante fue contratado para ejecutar labores propias de un cargo denominado auxiliar administrativo, que según el artículo 20 del Decreto 785 de 2005, hace parte del nivel asistencial.

La denominación bajo la cual se contrataba al demandante, unida a la naturaleza de las actividades que debía realizar, al cumplimiento de horarios y a la permanencia de la vinculación contractual, configuraron en realidad un empleo público.

El proceso de reestructuración al que fue sometido el hospital y que le impedía ampliar su planta de cargos en manera alguna constituía óbice para contratar el ejercicio de funciones permanentes, y más aún cuando era su deber convencional mantener la planta de personal aprobada en la propuesta de reorganización.

La naturaleza de las actividades, el lugar definido para la prestación del servicio contratado, el sometimiento a turnos y la permanencia del servicio, denotan el elemento subordinación en el presente asunto.

- Hubo pago al demandante según consta en los comprobantes de egreso aportados y tal como se infiere de la certificación del cumplimiento del objeto contractual.

Consideró entonces la Juez que las pruebas allegadas permitían desvirtuar el carácter contractual de prestación de servicios de la relación que ligó a las partes entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016, dando lugar a una verdadera relación laboral administrativa.

Precisó que se configuraba el fenómeno de prescripción en relación con las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 1º de julio de 2014.

Como restablecimiento del derecho, la Juez de primera instancia condenó al Hospital Santa Teresita de Pácora a reconocer y pagar, debidamente reajustada, la suma equivalente a las prestaciones sociales legales ordinarias devengadas por un auxiliar administrativo de la planta de la entidad, tomando en cuenta para tal efecto la remuneración pactada en los contratos de prestación de servicios, por el lapso comprendido entre el 19 de julio de 2014 y el 31 de diciembre de 2016.

Adicionalmente estimó procedente ordenar a la parte accionada reintegrar los valores que por concepto de cotizaciones el accionante debió efectuar al Sistema General de Seguridad Social en pensión, en el porcentaje que le correspondía a la entidad empleadora y durante el lapso comprendido entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2016, sin incluir las interrupciones de tiempo entre cada contrato.

Al evidenciar la irregular provisión de un cargo de planta a través de un contrato de prestación de servicios, dispuso compulsar copias del fallo a la Procuraduría Regional de Caldas, para lo de su competencia.

Finalmente se abstuvo de condenar en costas a la ESE accionada, en la medida en que prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia⁸, en los términos que se indican a continuación.

Inicialmente se refirió a la naturaleza jurídica de la entidad, precisando que con ocasión a la reforma a la salud introducida por la Ley 100 de 1993, las ESE construyen su portafolio de servicios mediante alianzas o contrataciones, y outsourcing con terceros, reduciendo a la mínima expresión sus plantas de empleos.

Reiteró que el Hospital Santa Teresita de Pácora se encuentra sometido a un plan de desempeño para asegurar su viabilidad administrativa y financiera, debiendo acudir a mecanismos como los contratos de prestación de servicios, para continuar con la prestación de servicios de salud.

Indicó que las ESE tienen un régimen especial en materia de contratación, en tanto se rigen por las reglas del derecho privado, conforme lo autoriza el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, sólo se les exige la expedición de un manual o reglamento interno de contratación que permita salvaguardar los principios de selección objetiva, publicidad, transparencia y demás, propios de la función administrativa y la gestión fiscal, a lo cual se acogió el Hospital Santa Teresita de Pácora con la expedición del manual de contratación adoptado a través del Acuerdo 006 de agosto 2014 de la Junta Directiva de la entidad, según el cual, para la contratación de personas naturales o jurídicas para la prestación de servicios de salud, no se requiere ningún proceso especial y podrá adelantarse de manera directa, pues se hace en consideración a las habilidades técnicas o artísticas o aptitudes de tipo profesional.

Expuso que la ESE Hospital Santa Teresita de Pácora no vinculó al demandante a su planta de empleos, no hubo un concurso público de méritos previos, ni una lista de elegibles y tampoco, en consecuencia, existe en el presupuesto oficial un rubro o partida de apropiación que permita pagar las asignaciones civiles, salarios y prestaciones sociales que, en tal caso, corresponderían para el actor.

Expuso que la vinculación del accionante fue bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios para desarrollar actividades de apoyo, mal llamadas de auxiliar administrativo y auxiliar de facturación; no obrando

⁸ Archivo n° 14 del cuaderno 1 del expediente digital.

registros documentales o archivo financiero que evidencie una relación laboral con la institución.

Manifestó que con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos con el actor, se acordó con el contratista el pago de unos honorarios y unas obligaciones según sus habilidades y atendiendo la disponibilidad de tiempo de aquél.

Precisó que dentro de cada contrato se pactó la presentación de informe de actividades desarrolladas y la gestión de supervisión, lo que en ningún momento constituye relación laboral, pues a todo contrato se le debe hacer una valoración sobre el estado de cumplimiento de sus obligaciones.

Aseguró que no existe ninguna prueba en el expediente sobre la existencia de subordinación o dependencia, correspondiendo lo aducido en la sentencia a simples elucubraciones de la Juez *a quo*, que no contrastan con lo realmente acaecido, pues conforme al contrato, debía existir un supervisor que asegurara el cumplimiento de las obligaciones pactadas y determinara, coordinara y gestionara el adecuado cumplimiento del objeto contractual, realizando, si era del caso, las debidas observaciones.

Sostuvo que no existe una prueba de que los horarios que manejaba el accionante hubieran sido impuestos por la entidad. Sin perjuicio de esto, afirmó que en recientes pronunciamientos del Consejo de Estado se ha indicado que la fijación de horarios es válida en los contratos de prestación de servicios, pues es necesario precisar qué tiempo dedicará el contratista al cumplimiento de sus obligaciones, que por prestarse en las instalaciones de la entidad contratante no implica tampoco la demostración del elemento subordinación.

Adujo que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, que implica que el segundo se someta a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, y lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Afirmó que la mera existencia de un cuadro de turnos no equivale a la imposición de un horario por parte de la entidad, máxime cuando en cada contrato se determinó que el contratista impondría su propio horario, en consideración a sus necesidades, disponibilidad y compromisos personales.

Manifestó que de los cuadros de turnos que obran en el expediente no se puede sostener que corresponden al ahora demandante, pues si bien se visualiza a una persona de nombre “*Gonzalo*”, lo cierto es que no consta el apellido para determinar que se trata del mismo sujeto.

Expuso que el hecho que el demandante hubiere realizado las actividades en las instalaciones de la ESE, no necesariamente constituye subordinación, pues es una situación que por necesidades del servicio se puede pactar entre las partes.

Indicó que la simple denominación de “*auxiliar administrativo*” no basta para considerar que se trata de un empleo público perteneciente a la planta de cargos de la ESE, o que el contratista estuviera realizando una labor propia de un empleado público.

Consideró entonces que, contrario a lo señalado por la Juez de primera instancia, en este caso no se cumplieron los elementos necesarios para estructurar una relación laboral entre las partes.

Cuestionó la orden de reintegrar sumas de dinero equivalentes a la seguridad social, por cuanto fue una obligación propia de la condición en la que actuaba el demandante, conforme al artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificado por el artículo 1º de la Ley 828 de 2003.

Finalmente reprochó la compulsa de copias, con fundamento en que el actuar de la entidad estuvo siempre encaminado bajo el principio de la buena fe, ajustado a una conducta honesta, leal y conforme con las disposiciones legales existentes para el caso, y así debe presumirse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Parte demandante⁹

Manifestó que el fallo proferido se encuentra ajustado a las pruebas recaudadas, las cuales dan cuenta de que el demandante prestó sus servicios de manera personal, cumpliendo un horario de trabajo, bajo subordinación y dependencia, y que recibió mensualmente un pago. Por lo anterior, solicitó confirmar la providencia recurrida.

Parte demandada

Guardó silencio.

⁹ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en este asunto.

TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

Reparto. Para conocer del recurso de alzada, el expediente fue repartido a este Tribunal el 6 de abril de 2021¹⁰, y allegado el 24 de mayo del mismo año al Despacho del Magistrado Ponente de esta providencia¹¹.

Admisión y alegatos. Por auto del 24 de mayo de 2021 se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para alegatos en caso de no existir solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia¹². Dentro del término otorgado, sólo la parte demandada alegó de conclusión¹³. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

Paso a Despacho para sentencia. El 1º de julio de 2021 el proceso ingresó a Despacho para sentencia¹⁴, la que se dicta en seguida en aplicación de lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA. Se precisa que por tratarse de un asunto que versa sobre un caso similar a los ya decididos por esta Corporación, y en procura de la celeridad y agilidad para dar solución a dichos temas, se profiere este fallo sin tener en cuenta el orden de ingreso del proceso a Despacho para ese efecto, tal como lo autoriza el artículo 18 de la Ley 446 de 1998, en armonía con lo previsto por el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, en los estrictos términos en que aquel fue formulado.

Problema jurídico

El problema jurídico que se debe resolver en el *sub examine* se centra en

¹⁰ Archivo nº 01 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹¹ Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹² Archivo nº 02 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹³ Archivo nº 05 del cuaderno 2 del expediente digital.

¹⁴ Archivo nº 06 del cuaderno 2 del expediente digital.

resolver los siguientes interrogantes:

- *¿Se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una auténtica relación laboral –prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y remuneración– entre el señor Gonzalo Arias Arias y el Hospital Santa Teresita de Pácora?*
- *En caso afirmativo, ¿hay lugar a declarar la excepción de prescripción del derecho respecto de los períodos sobre los cuales se declaró la relación laboral encubierta entre el señor Gonzalo Arias Arias y el Hospital Santa Teresita de Pácora?*
- *De no darse lo anterior, o darse de forma parcial, ¿le asiste derecho a la parte accionante a obtener el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda?*

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios; **ii)** desnaturalización del contrato de prestación de servicios: contrato realidad; **iii)** elementos constitutivos de una relación laboral y acreditación en el caso concreto; **iv)** existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto; **v)** extremos temporales de la relación laboral; **vi)** prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad; y **vii)** restablecimiento del derecho.

1. Vinculación al servicio público por contrato de prestación de servicios

De conformidad con el ordenamiento jurídico colombiano, existen tres clases de vinculación al servicio público: **i)** legal y reglamentaria, como la forma predominante de acceso a cargos públicos y dirigida al ingreso de empleados públicos; **ii)** laboral contractual, respecto de los trabajadores oficiales a través de contratos de trabajo regulados por el Código Sustantivo del Trabajo; y **iii)** contractual o de prestación de servicios, regida por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Esta última forma de vinculación, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, cuando aquellas no puedan ser asumidas por el personal de planta de éstas o requieran conocimientos especializados para ello. La disposición que consagró dicha figura es clara en establecer que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y que deben celebrarse por el

termino estrictamente indispensable.

La jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵ ha precisado que dentro de las características principales del contrato de prestación de servicios, se encuentra “(...) *la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este (sic) debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual*¹⁶, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁷”.

2. Desnaturalización del contrato de prestación de servicios: contrato realidad o relación laboral encubierta

El contrato de prestación de servicios consagrado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, en la cual señaló sus características y diferencias con el contrato de trabajo, y con ello explicó que dicha figura se ajusta a la Carta Política siempre y cuando no se utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente, pues en esa medida se desnaturaliza el contrato estatal y hace procedente el reconocimiento de las prestaciones sociales, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo (artículo 53 Superior)¹⁸.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 26 de julio de 2018. Radicación número: 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14).

¹⁶ Cita de cita: Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁷ Cita de cita: Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁸ “*El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:*

a. *La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.*

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. *La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.*

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la

administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. *La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.*

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

(...)

No es cierto, entonces, como lo indican los accionantes que cada vez que una entidad presente una insuficiencia de personal en su planta, pueda acudirse como remedio expedito de la misma al contrato de prestación de servicios a fin de solventar la crisis que se pueda generar; la contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Desde luego que si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

(...)

Preferentemente, el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas

En sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹⁹, el Consejo de Estado señaló que la figura conocida como contrato realidad o, mejor, relación laboral encubierta, se aplica cuando “(...) se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales²⁰”.

3. Elementos constitutivos de una relación laboral. Acreditación en el caso concreto

Como se indicó anteriormente, el contrato de prestación de servicios se desfigura y da paso al llamado contrato realidad o relación laboral encubierta cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada de manera continuada; y **iii)** remunerada.

En el evento de demostrarse lo anterior, surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el derecho a que le sean reconocidas las prestaciones sociales del caso.

Siguiendo la línea de estudio trazada, este Tribunal analizará si en el presente asunto se configura el contrato realidad o la relación laboral encubierta reclamada, para lo cual abordará cada uno de los elementos constitutivos del mismo, atendiendo las pruebas allegadas al expediente.

3.1 La prestación personal del servicio

por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto sub lite, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual “agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo.” (Sentencia C-555/94, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)”.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

²⁰ Cita de cita: En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

En reciente sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021²¹, el Consejo de Estado precisó lo siguiente en relación con la prestación personal del servicio: “*Como personal natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²² 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 personas²³*”.

De la documentación obrante en el expediente, se observa que durante el período comprendido entre el 2 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2016, el señor Gonzalo Arias Arias estuvo vinculado al Hospital Santa Teresita de Pácora de forma casi que continua e ininterrumpida –salvo por unos lapsos, como se verá más adelante–, a través de contratos de prestación de servicios, de la manera que se describe a continuación:

Nº	CONTRATO nº	EXTREMOS TEMPORALES		VALOR
		Inicio	Final	
1	045-2012 del 2 de enero de 2012 ²⁴	2 de enero de 2012	30 de abril de 2012	\$3'520.000 con pagos mensuales de \$880.000
2	133-2012 del 30 de abril de 2012 ²⁵	2 de mayo de 2012	30 de junio de 2012	\$1'760.000 con pagos mensuales de \$880.000
3	193-2012 del 30 de junio de 2012 ²⁶	2 de julio de 2012	30 de septiembre de 2012	\$2'640.000 con pagos mensuales de \$880.000
4	253-2012 del 1º de octubre de 2012 ²⁷	1º de octubre de 2012	31 de diciembre de 2012	\$2'640.000 con pagos mensuales de \$880.000
5	031-2013 del 2 de enero de 2013 ²⁸	2 de enero de 2013	31 de marzo de 2013	\$2'640.000 con pagos mensuales

²¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

²² Cita de cita: Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

²³ Cita de cita: Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

²⁴ Páginas 27, 28, 49 a 53, 228, 279 y 280 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁵ Páginas 27, 28, 54 a 59, 288, 330 y 331 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

²⁶ Páginas 27, 28, 60 a 65 y 338 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 43 y 44 del archivo nº 02 ibidem.

²⁷ Páginas 27, 28, 66 a 71 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 51, 87 y 88 del archivo nº 02 ibidem.

				de \$880.000
6	130-2013 del 1º de abril de 2013 ²⁹	1º de abril de 2013	23 de junio de 2013	\$7'920.000 con pagos mensuales de \$880.000 hasta julio de 2013
		14 de julio de 2013	31 de diciembre de 2013	Adicionado en \$264.000 a partir de agosto de 2013, con pagos mensuales de \$932.800
7	028-2014 del 2 de enero de 2014 ³⁰	2 de enero de 2014	30 de junio de 2014	\$5'640.000 con pagos mensuales de \$940.000
8	154-2014 del 1º de julio de 2014 ³¹	1º de julio de 2014	30 de septiembre de 2014	\$2'820.000 con pagos mensuales de \$940.000
9	214-2014 del 1º de octubre de 2014 ³²	1º de octubre de 2014	31 de diciembre de 2014	\$2'820.000 con pagos mensuales de \$940.000
10	059-2015 del 2 de enero de 2015 ³³	2 de enero de 2015	30 de junio de 2015	\$5'820.000 con pagos mensuales de \$970.000
11	154-2015 del 1º de julio de 2015 ³⁴	1º de julio de 2015	31 de diciembre de 2015	\$5'820.000 con pagos mensuales de \$970.000
12	019-2016 del 1º de enero de 2016 ³⁵	1º de enero de 2016	30 de junio de 2016	\$6'300.000 con pagos mensuales de \$1'050.000
13	216-2016 del 1º de julio de 2016 ³⁶	1º de julio de 2016	31 de diciembre de	\$6'300.000 con pagos mensuales

²⁸ Páginas 27, 28, 72 a 77 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 95, 137 y 138 del archivo nº 02 ibidem.

²⁹ Páginas 27, 28, 78 a 82 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 144, 190, 191, 193 y 194 del archivo nº 02 ibidem.

³⁰ Páginas 27, 28, 83 a 88 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 257, 258 y 296 del archivo nº 02 ibidem.

³¹ Páginas 27, 28, 89 a 94 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 9, 10, 22 y 165 del archivo nº 03 ibidem.

³² Páginas 27, 28, 95 a 100 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 31 y 71 del archivo nº 03 ibidem.

³³ Páginas 27, 28, 101 a 108 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 114, 157 y 158 del archivo nº 03 ibidem.

³⁴ Páginas 27, 28, 109 a 116 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 198 a 200, 240 y 241 del archivo nº 03 ibidem.

³⁵ Páginas 27, 28, 117 a 124 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 275 a 277, 317 y 318 del archivo nº 03 ibidem.

		2016	de \$1'050.000
--	--	------	----------------

El objeto principal de tales contratos fue el de prestar sus servicios personales en el Hospital Santa Teresita de Pácora, en las actividades que se detallan a continuación:

Nº	CONTRATO nº	OBJETO	ACTIVIDADES ESPECÍFICAS
1	045-2012 del 2 de enero de 2012 ³⁷	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Recibir y orientar los pacientes que llegan a los diferentes servicios de la institución. 2. Informar al médico y al auxiliar de urgencias que hay pacientes para ser atendidos. 3. Verificar los pacientes que requieren el servicio de urgencias en las bases de datos, el FOSYGA o en las líneas 018000 de las EPS para su atención o legalización de su atención. 4. Cargar en el sistema CNT la consulta de urgencias vital o no vital para ser atendido según solicitud del médico del servicio. 5. Solicitar códigos de atención para pacientes que su EPS no tienen contrato con la ESE Hospital Santa Teresita. 6. Registrar los datos del paciente en la planilla de urgencias con hora de ingreso y hora de salida. 7. Elaborar facturas por servicios prestados a cada usuario basándose en las tarifas previamente establecidas por la institución en el sistema CNT. 8. Liquidar el valor de servicio prestado según el régimen y la entidad a la cual esté afiliado el paciente. 9. Controlar las visitas de los pacientes hospitalizados entregándole a cada visitante la escarapela que lo identifica como visitante del servicio de hospitalización. 10. Realizar las requisiciones de los medicamentos administrados a los pacientes en el servicio de urgencias en el módulo de inventarios del sistema CNT para que sean entregados por el servicio farmacéutico. 11. Velar por el correcto funcionamiento de

³⁶ Páginas 27, 28, 125 a 131 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital y páginas 9 a 11, 63 y 64 del archivo nº 04 ibidem.

³⁷ Páginas 27, 28, 49 a 53 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

			los equipos de su área y realizar la limpieza preventiva de los mismos. 12. Informar oportunamente a la profesional universitaria de las fallas que presenten los equipos para ser corregidas lo más pronto posible y así garantizar un servicio continuo y oportuno.
2	133-2012 del 30 de abril de 2012 ³⁸	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para el contrato 045-2012.
3	193-2012 del 30 de junio de 2012 ³⁹	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para el contrato 045-2012.
4	253-2012 del 1º de octubre de 2012 ⁴⁰	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para el contrato 045-2012.
5	031-2013 del 2 de enero de 2013 ⁴¹	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para el contrato 045-2012.
6	130-2013 del 1º de abril de 2013 ⁴²	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para el contrato 045-2012.
7	028-2014 del	Prestar sus servicios	Las mismas actividades señaladas para el

³⁸ Páginas 27, 28, 54 a 59 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

³⁹ Páginas 27, 28, 60 a 65 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁰ Páginas 27, 28, 66 a 71 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴¹ Páginas 27, 28, 72 a 77 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴² Páginas 27, 28, 78 a 82 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

	2 de enero de 2014 ⁴³	personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	contrato 045-2012 y, adicionalmente, la siguiente: Comprometerse a realizar aquellas actividades que se requieran para el cumplimiento del objeto contractual, así no se encuentren establecidos en el contrato.
8	154-2014 del 1º de julio de 2014 ⁴⁴	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para los contratos 045-2012 y 028-2014.
9	214-2014 del 1º de octubre de 2014 ⁴⁵	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para los contratos 045-2012 y 028-2014.
10	059-2015 del 2 de enero de 2015 ⁴⁶	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Facturación en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para el contrato 045-2012 y, adicionalmente, las siguientes: 1. Participar en la jornada de inducción y reincidencia que programe el hospital. 2. Participar en las jornadas de capacitación institucional que programe el hospital. 3. Obtener conocimiento de la plataforma estratégica, circulares de gerencia y coordinadores de los diferentes servicios asistenciales y administrativos, código de buen gobierno, código de ética, política de buen trato al usuario, manual de comunicación guías médicas institucionales y para las otras patologías, enfoque de medicina basada en evidencia, guías de salud pública, Instituto Nacional de Salud SIVIGILA 2010, guías del Instituto Nacional de Medicina Legal – Resolución 00412 de 2000, normas y guías estrategia AIEPI. 4. Asumir bajo su responsabilidad los valores que se causen en el evento que por su actuación se desvíe del cumplimiento

⁴³ Páginas 27, 28, 83 a 88 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.⁴⁴ Páginas 27, 28, 89 a 94 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.⁴⁵ Páginas 27, 28, 95 a 100 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.⁴⁶ Páginas 27, 28, 101 a 108 del archivo n° 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

			<p>del objeto contractual y por cuya razón las respectivas cuentas de cobro sean glosadas o imposibles de cobrar total o parcialmente o se demuestre ausencia o déficit en la adherencia a las guías, normas o protocolos de manejo adoptados por la entidad. Para lo cual la entidad contratante queda autorizada para que dichas sumas le sean descontadas de las existentes a su favor.</p> <p>5. Prestar los servicios objeto del contrato en las instalaciones del hospital, previa concertación entre las partes sobre el número y el tipo de actividades por día y por mes, según su disponibilidad de tiempo, la oferta de servicios y previa coordinación con las autoridades administrativas y asistenciales de la entidad, siendo de cargo de este último brindarle la información pertinente para el desarrollo de su gestión.</p> <p>6. Abstenerse de divulgar sin autorización de la gerencia, los hechos o acontecimientos ocurridos en cualquier área de la entidad y de los cuales tenga conocimiento por su quehacer o por comunicación de terceros y en especial sobre los procedimientos asistenciales o administrativos que se siguen en la institución, o en relación con la atención de los pacientes, so pena de que constituya causal de incumplimiento del contrato, sin perjuicio de la denuncia ante autoridad competente por la comisión de posibles delitos.</p>
11	154-2015 del 1º de julio de 2015 ⁴⁷	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Facturación en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para los contratos 045-2012 y 059-2015.
12	019-2016 del 1º de enero de 2016 ⁴⁸	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en urgencias en las instalaciones de la	Las mismas actividades señaladas para los contratos 045-2012 y 059-2015 y, adicionalmente, la siguiente: Realizar aquellas actividades que se requieran para el cumplimiento del objeto contractual, así no se encuentren establecidos en el

⁴⁷ Páginas 27, 28, 109 a 116 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁴⁸ Páginas 27, 28, 117 a 124 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

		entidad	contrato.
13	216-2016 del 1º de julio de 2016 ⁴⁹	Prestar sus servicios personales en su condición de Auxiliar Administrativo en urgencias en las instalaciones de la entidad	Las mismas actividades señaladas para los contratos 045-2012, 059-2015 y 019-2016.

De acuerdo con los contratos de prestación de servicios que tienen como característica ser *intuito personae*, así como con los correspondientes informes de interventoría o supervisión que reposan en el expediente, y atendiendo los testimonios recaudados en el trámite de este proceso⁵⁰, se encuentra acreditado que la parte demandante prestó de manera personal y directa sus servicios como auxiliar administrativo y de facturación para el Hospital Santa Teresita de Pácora en los períodos indicados anteriormente, sin que tuviera la facultad para delegar en terceros el cumplimiento de las actividades referidas.

3.2 Continuada subordinación o dependencia

En sentencia del 4 de febrero de 2016⁵¹, el Consejo de Estado precisó que la subordinación o dependencia es la situación entendida como “*(...) aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo*”.

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁵², el Consejo de Estado señaló una serie de situaciones indicativas de la existencia de subordinación o dependencia y que deben ser valoradas a la luz de cada caso particular, tales como: lugar de trabajo, horario de labores, dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, y actividades o tareas a desarrollar que correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.

⁴⁹ Páginas 27, 28, 125 a 131 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

⁵⁰ Ver declaración de los señores Luz Amparo Hidalgo Giraldo (minuto 2:35 a 12:29 del archivo obrante en la carpeta de audiencias visible en el cuaderno 1 del expediente digital) y José Luis Franco Martínez (minuto 12:31 a 24:21 del archivo obrante en la carpeta de audiencias visible en el cuaderno 1 del expediente digital).

⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01(1317-16)CE-SUJ2-025-21.

De conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, esta Sala de Decisión considera que en el presente asunto el aludido elemento fue demostrado, según pasa a indicarse.

a) Permanencia de las funciones objeto del contrato

Se recuerda que conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, uno de los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios es su temporalidad, pues la norma citada dispone que aquellos se celebran por el término estrictamente indispensable.

La circunstancia de celebrar contratos de prestación de servicios para realizar labores de carácter permanente contraría la naturaleza propia de aquellos así como la razón para la cual fueron concebidos en la Ley 80 de 1993, y permitiría inferir que esta modalidad de contratación fue utilizada para disfrazar una relación laboral y eximirse del pago de las prestaciones sociales a los trabajadores.

Lo anterior, por cuanto, como lo prevé la parte final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968⁵³, “[p]ara el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y, en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Esta prohibición fue replicada por el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973⁵⁴ y por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008⁵⁵ que modificó y adicionó el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968.

El inciso final del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, con la modificación introducida por el artículo 1º del Decreto 3074 de 2008, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, en la que precisó que la permanencia en un contrato de prestación de servicios es un elemento más que indica la existencia de una relación

⁵³ “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁴ “Artículo 7º.- Salvo lo que dispone la ley para los trabajadores oficiales, en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional. La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad”.

⁵⁵ “ARTICULO 1. Modifícase y adíjáncase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos:

El artículo 2. quedará así:

(...)

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

laboral⁵⁶, y adicionalmente expuso los criterios que permiten diferenciar una relación laboral de una por prestación de servicios:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) Criterio funcional, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) Criterio temporal o de la habitualidad: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. (Negrilla fuera de texto).

⁵⁶ “La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos”.

El artículo 194 de la Ley 100 de 1993 estableció que “[l]a prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, (...).”.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a las Empresas Sociales del Estado, el artículo 195 de la mencionada Ley 100 dispone:

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. *Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:*

1. *El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".*

2. *El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*

3. *La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*

4. *El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.*

5. *Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*

6. *En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*

7. *El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*

8. *Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*

9. *Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos. (Líneas fuera de texto).*

Con Acuerdo 025 de 1998, expedido por el Concejo Municipal de

Pácora⁵⁷, el Hospital Santa Teresita de Pácora se convirtió en una Empresa Social del Estado, cuyo objeto es prestar servicios de baja complejidad en el marco de la prevención y el mejoramiento continuo de los estándares del buen servicio y la sostenibilidad, con el fin de satisfacer las necesidades de los usuarios y sus familias.

Conforme a las actividades específicas que el demandante debía cumplir en el Hospital Santa Teresita de Pácora, en calidad de auxiliar administrativo y auxiliar de facturación, este Tribunal considera que, sin duda, aquellas guardan relación directa con la misión de la entidad demandada, en tanto realizaba labores necesarias para la prestación eficiente del servicio público esencial de salud, esto es, aluden a una función inherente, permanente y obligatoria de la ESE.

Lo anterior impide afirmar que las actividades prestadas por el demandante tuvieran carácter temporal, transitorio o esporádico, característica propia del contrato de prestación de servicios y, por lo contrario, se evidencia que fueron permanentes, que requerían una ejecución continua y eran primordiales para el funcionamiento de la institución, como se extrae del hecho de que en este caso se desarrollaron de manera ininterrumpida por más de cuatro años.

Para este Tribunal es claro que lo que le correspondía hacer a Hospital Santa Teresita de Pácora era crear para la planta de personal de la entidad, el cargo o los cargos de auxiliares de enfermería y tecnólogo en atención prehospitalaria requeridos que permitieran atender debidamente el objeto del servicio médico asistencial que presta, y no acudir a la figura ficticia de contratos de prestación de servicios.

Concuerda la Sala con la Juez *a quo* cuando manifiesta que el hecho de encontrarse en el marco de una reestructuración no facultaba al hospital accionado para contratar funciones permanentes a través de contratos de prestación de servicios, desconociendo no sólo la finalidad de éstos sino, de paso, los derechos laborales del trabajador vinculado.

b) Sede del objeto contractual

Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Gonzalo Arias Arias debía cumplir sus labores como auxiliar administrativo y de facturación en la sede del Hospital Santa Teresita de Pácora, pues no sólo quedó consignado así en cada contrato de prestación de servicios sino que además la ejecución de sus funciones en dicha calidad así lo requería.

⁵⁷ <https://hospitaldepacora.gov.co/>

c) Obligatoriedad de portar elementos distintivos acordes con la imagen corporativa de la entidad

Teniendo en cuenta las funciones a desarrollar por el señor Gonzalo Arias Arias, esto es, las de auxiliar administrativo y de facturación, este Tribunal considera que su presentación personal debía guardar consonancia con la imagen corporativa del Hospital Santa Teresita de Pácora y con los distintivos propios de su cargo.

d) Uso de elementos institucionales

De igual forma se demostró en el trámite de este proceso que el señor Gonzalo Arias Arias debía cumplir sus labores como auxiliar administrativo y de facturación usando todos los equipos y elementos proporcionados por el Hospital Santa Teresita de Pácora.

Así quedó consignado expresamente en cada contrato de prestación de servicios, como una obligación de la entidad contratante; e incluso, en las cláusulas de los acuerdos de voluntades se pactó que el contratista se haría responsable por la pérdida o deterioro de los bienes encomendados a su custodia, lo que refuerza que no usaba elementos propios para desarrollar su función sino los suministrados por la ESE.

e) Fijación y cumplimiento de horario

En relación con la existencia de un horario de trabajo, obran en el expediente varios cuadros de turnos de 12 horas establecidos para los auxiliares administrativos⁵⁸, para cada día del mes (febrero, julio y diciembre de 2012, enero, mayo, septiembre y diciembre de 2013, abril, mayo y noviembre de 2014, enero, julio y diciembre de 2015, enero, marzo y abril de 2016), en los cuales se observa distribución entre varias personas, incluyendo a quien se identifica como “Gonzalo”. Se aprecia que a éste en algunos días le correspondían turnos de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 1:00 p.m. a 7:00 p.m., y en otros días turnos de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., descansando en todo caso un día a la semana.

Lo anterior, en concordancia con la naturaleza de las funciones desempeñadas por el accionante, permite a esta Sala de Decisión inferir que el demandante sí debía cumplir los turnos que le fueran asignados por el Hospital Santa Teresita de Pácora, esto es, se encontraba sometido a un horario, de acuerdo con la agenda que previamente la entidad fijaba

⁵⁸ Páginas 30 a 47 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

atendiendo la demanda de pacientes y de los demás auxiliares administrativos y de facturación.

Pese a que en los contratos de prestación de servicios se menciona que los horarios para el cumplimiento de las obligaciones contractuales se coordinarían con el contratista según la autonomía de éste, lo cierto es que de acuerdo con los cuadros de turnos, no se advierte que el accionante contara con la autonomía propia para manejar su tiempo como profesional, pues a la semana únicamente le correspondía un día de descanso y, necesariamente, por las necesidades de la entidad, debía cumplir turnos de 12 horas.

f) Sujeción a reglamentos, órdenes e instrucciones

Está demostrado en el proceso que las labores desarrolladas por el demandante en ejecución de los contratos de prestación de servicios suscritos con la entidad demandada estaban sujetas a constante supervisión y correspondían más que a una relación de coordinación entre los contratantes, a verdadera subordinación, como quiera que:

- El desempeño de las funciones del accionante estaba sujeto al cumplimiento de un horario fijado mensualmente.
- El demandante debía someterse a las instrucciones y parámetros dados por la enfermera jefe o por el médico de turno, pues así lo aseguraron los testigos que rindieron declaración en este asunto, quienes precisaron que mientras se encontraban esperando ser atendidos en el hospital, llegaron a presenciar momentos en los cuales los citados servidores le pedían expresamente al accionante realizar determinada actividad, tal como llamar para conseguir ambulancia o cama para los pacientes, redactar correos, hacer pasar a los pacientes, o ingresar una información específica al sistema.
- El actor era objeto de control y supervisión por parte de profesional universitaria de la ESE, tal como consta en los contratos.
- El accionante estaba obligado a presentar informes mensuales de las actividades realizadas y los que llegare a requerir el supervisor del contrato, y que obran en el expediente⁵⁹.

⁵⁹ Ver páginas 268, 273, 276, 324 y 328 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital; páginas 33, 38, 41, 75, 81, 86, 126, 131, 135, 172, 177, 181, 182, 188, 199, 204, 205, 208, 213, 214, 218, 219, 261, 262, 268, 269, 275, 276, 282, 288 y 293 del archivo nº 02 ibidem; páginas 11, 12, 17, 28, 58, 59,

- La parte actora tenía que conocer la plataforma estratégica, las circulares de gerencia y de los coordinadores de los diferentes servicios asistenciales y administrativos, el código de buen gobierno, el código de ética, la política de buen trato al usuario, el manual de comunicación, las guías médicas institucionales, las guías de salud pública, entre otras disposiciones.
- El actor estaba obligado a guardar confidencialidad de toda la información que le fuera entregada y que se encontrara bajo su custodia o que por cualquier otra circunstancia debiera conocer o manipular.
- El demandante tenía que responder y velar por el estado y funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos de servicios
- La parte accionante estaba comprometida a realizar funciones no detalladas expresamente en los contratos sino que llegaren a requerirse por la entidad, lo que claramente evidencia que las labores podían estar a discreción de la ESE.

No puede perderse de vista que las labores contratadas de auxiliar administrativo corresponden a un empleo que sería del nivel asistencial, en tanto éste *“Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución”* (artículo 4 del Decreto Ley 785 de 2005); lo que conlleva necesariamente una ejecución de funciones en las que es connatural la subordinación.

g) Prestación exclusiva de servicios con la ESE

Ninguno de los elementos materiales probatorios allegados al proceso permite afirmar que durante el término de vinculación con el Hospital Santa Teresita de Pácora, el señor Gonzalo Arias Arias suscribió contrato de prestación de servicios alguno con otra institución. Y de así haberlo hecho, tal circunstancia, en criterio de este Tribunal, no desdibuja la prestación exclusiva que tenía con la demandada, pues es evidente que hubiera sido en momentos para los cuales no estuviese laborando en la ESE.

63, 64, 68, 69, 116, 117, 121, 122, 129, 130, 136, 137, 146, 147, 153, 154, 202, 203, 209, 210, 216, 217, 223, 224, 229, 230, 237, 238, 278, 279, 285, 286, 292, 293, 299, 300, 306, 307, 313 y 314 del archivo nº 03 ibidem; y páginas 12, 13, 28, 29, 37, 38, 45, 46, 52, 53, 59 y 60 del archivo nº 04 ibidem.

h) Falta de autonomía e independencia

Para la Sala es claro que por su naturaleza, las atribuciones de quien se desempeñe como auxiliar administrativo en urgencias y auxiliar de facturación, no permiten determinar las condiciones bajo las cuales dichas labores deben ser desempeñadas, lo que desvirtúa desde todo punto de vista el factor autonomía e independencia que se predica de una relación de prestación de servicios como la que en apariencia se constituyó entre las partes en el *sub lite*.

En efecto, en el presente caso se demostró que la actividad contractual no era ejercida de manera autónoma e independiente, pues el demandante debía: **i**) cumplir los turnos establecidos por el Hospital Santa Teresita de Pácora según las necesidades del servicio, lo cual implica la sujeción a un horario de trabajo; **ii**) no se encontraba en posibilidad de suscribir contrato de prestación de servicios con otra institución, pues al tener que brindar apoyo administrativo cada mes en los turnos ya referidos, necesariamente hubiera tenido que pactar horarios en los días que se tenían como descanso; **iii**) no hacía uso de equipos propios para la ejecución de sus labores sino los suministrados por la entidad; **iv**) no podía ejecutar las actividades contratadas en las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su preferencia, pues como se vio, había turnos en horarios fijos toda la semana; y **v**) sus actividades estaban sometidas a las directrices de la entidad.

De lo anterior se concluye que se encuentra acreditada la subordinación del señor Gonzalo Arias Arias como segundo elemento de la relación laboral predicada respecto del Hospital Santa Teresita de Pácora.

3.3 Retribución

Según consta en los contratos allegados y referidos anteriormente, las partes pactaron como contraprestación por los servicios prestados por el demandante, el pago de una suma de dinero, cancelada en mensualidades, previa presentación de informe de actividades, de constancia suscrita por el interventor del contrato en relación con el cumplimiento a satisfacción de las obligaciones, y de demostrar los pagos a seguridad social.

Al expediente fueron aportados actas de inicio, comprobantes de egreso, constancias de prestación de servicios, pagos a seguridad social, informes de actividades, actas de interventoría y actas de liquidación⁶⁰, que dan cuenta

no sólo de los valores autorizados a pagar con ocasión de las actividades efectuadas por la parte accionante, sino también del cumplimiento de los requisitos para realizar los pagos correspondientes.

Todo lo anterior acredita la realización de los pagos mensuales acordados.

4. Existencia del contrato realidad o relación laboral encubierta en el presente asunto

En el contexto referido y conforme con las reglas de la experiencia, esta Sala de Decisión considera que en el caso concreto se demostraron los elementos propios de una relación laboral entre el demandante y el Hospital Santa Teresita de Pácora, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Por dicha razón, debe entenderse que los contratos de prestación de servicios encubrieron una relación de carácter laboral entre demandante y demandado, por lo que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, debe reconocerse la existencia de un contrato realidad sobre dichos contratos.

Nº	CONTRATO nº	UBICACIÓN EXPEDIENTE
1	045-2012 del 2 de enero de 2012	Páginas 263 a 280 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital
2	133-2012 del 30 de abril de 2012	Páginas 288 y 322 a 331 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital
3	193-2012 del 30 de junio de 2012	Página 338 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital, y páginas 31 a 44 del archivo nº 02 ibidem
4	253-2012 del 1º de octubre de 2012	Páginas 51 y 74 a 88 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital
5	031-2013 del 2 de enero de 2013	Páginas 95 y 124 a 138 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital
6	130-2013 del 1º de abril de 2013	Páginas 144, 170 a 183, 186 a 194, 197 a 208, 211 a 216 y 218 a 220 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital
7	028-2014 del 2 de enero de 2014	Páginas 257 a 296 del archivo nº 02 del cuaderno 1 del expediente digital
8	154-2014 del 1º de julio de 2014	Páginas 9 a 22 y 28 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital
9	214-2014 del 1º de octubre de 2014	Páginas 27, 28, 31 y 56 a 71 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital
10	059-2015 del 2 de enero de 2015	Páginas 114 a 139 y 143 a 158 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital
11	154-2015 del 1º de julio de 2015	Páginas 198 a 241 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital
12	019-2016 del 1º de enero de 2016	Páginas 275 a 318 del archivo nº 03 del cuaderno 1 del expediente digital
13	216-2016 del 1º de julio de 2016	Páginas 9 a 16 y 25 a 64 del archivo nº 04 del cuaderno 1 del expediente digital

5. Extremos temporales por los cuales se reconocerá relación laboral

Para el caso que convoca la atención de esta Sala y de conformidad con los medios probatorios allegados al expediente, se observa que el señor Gonzalo Arias Arias se desempeñó como auxiliar administrativo y auxiliar de facturación en el Hospital Santa Teresita de Pácora, en los períodos que se indican a continuación y por los cuales se debe reconocer la existencia de la relación laboral:

- Del 2 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012
- Del 2 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012
- Del 2 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2012
- Del 1º de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2012
- Del 2 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013
- Del 1º de abril de 2013 al 23 de junio de 2013
- Del 14 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013
- Del 2 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014
- Del 1º de julio de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 1º de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2014
- Del 2 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015
- Del 1º de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015
- Del 1º de enero de 2016 al 30 de junio de 2016
- Del 1º de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016

En ese orden de ideas, este Tribunal considera que si bien hay concordancia con la sentencia de primera instancia en lo que respecta al extremo inicial y el final de la relación laboral, la providencia amerita ser modificada para precisar las fechas correspondientes.

6. La prescripción en los eventos en que se debate la existencia de un contrato realidad

En sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 nº 5 del 25 de agosto de 2016⁶¹, la Sección Segunda del Consejo de Estado indicó que, “*(...) si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de*

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia del 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador”.

En la misma providencia referida, el Alto Tribunal precisó que “*(...) en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios”.*

Según quedó consignado igualmente en el fallo de unificación, el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho no se aplica frente a los aportes para pensión, “*(...) en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales. // (...) 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”.*

En la sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021⁶² tantas veces aquí referida, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en el sentido de establecer un período de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término para que no se presente solución de continuidad, sin perjuicio de que se flexibilice en algunos casos en atención a las especiales circunstancias que el Juez encuentre probadas dentro del expediente.

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, pasa la Sala a determinar si en el presente asunto hubo prescripción, para lo cual se analizará previamente si la vinculación tuvo interrupciones en el tiempo superiores a 30 días hábiles, así:

PERÍODOS DE VINCULACIÓN

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

Nº	CONTRATO nº	INICIO	FINAL
1	045-2012 del 2 de enero de 2012	2 de enero de 2012	30 de abril de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles (1º de mayo de 2012) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
2	133-2012 del 30 de abril de 2012	2 de mayo de 2012	30 de junio de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles (1º de julio de 2012) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
3	193-2012 del 30 de junio de 2012	2 de julio de 2012	30 de septiembre de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
4	253-2012 del 1º de octubre de 2012	1º de octubre de 2012	31 de diciembre de 2012
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles (1º de enero de 2013) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
5	031-2013 del 2 de enero de 2013	2 de enero de 2013	31 de marzo de 2013
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
6	130-2013 del 1º de abril de 2013	1º de abril de 2013	23 de junio de 2013
INTERRUPCIÓN: 14 días hábiles (del 24 de junio al 13 de julio de 2013) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
6	130-2013 del 1º de abril de 2013	14 de julio de 2013	31 de diciembre de 2013
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles (1º de enero de 2014) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
7	028-2014 del 2 de enero de 2014	2 de enero de 2014	30 de junio de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
8	154-2014 del 1º de julio de 2014	1º de julio de 2014	30 de septiembre de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
9	214-2014 del 1º de octubre de 2014	1º de octubre de 2014	31 de diciembre de 2014
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles (1º de enero de 2015) SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
10	059-2015 del 2 de enero de 2015	2 de enero de 2015	30 de junio de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles			

SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
11	154-2015 del 1º de julio de 2015	1º de julio de 2015	31 de diciembre de 2015
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
12	019-2016 del 1º de enero de 2016	1º de enero de 2016	30 de junio de 2016
INTERRUPCIÓN: 0 días hábiles SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD			
13	216-2016 del 1º de julio de 2016	1º de julio de 2016	31 de diciembre de 2016

Siguiendo las reglas jurisprudenciales expuestas para el caso objeto de estudio, se advierte que al tratarse de una vinculación que no tuvo interrupciones en el tiempo de servicio, el término para contabilizar la prescripción extintiva debe empezar a contarse a partir de la finalización del último contrato, esto es, del 31 de diciembre de 2016.

Al haber sido presentada la petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales ante la entidad demandada el 30 de agosto de 2017⁶³, se observa que, contrario a lo manifestado por la Juez de primera instancia, no se configuró el fenómeno procesal de la prescripción extintiva.

Aun cuando el tema de la prescripción no fue expresamente objeto de apelación en este asunto, la Sala considera que el recurso de la entidad accionada permite abordar en su integralidad tanto la existencia de la relación laboral como las consecuencias de hallarla probada y los extremos temporales susceptibles de su reconocimiento.

En ese sentido, y al no encontrar que se configure la prescripción en este caso, el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia sobre este aspecto.

7. Restablecimiento del derecho

Tal como se indicó, para este Tribunal, según las reglas de la experiencia y de conformidad con el material probatorio allegado al expediente y la naturaleza propia de la actividad desempeñada por el demandante, existió una relación laboral encubierta entre el señor Gonzalo Arias Arias y el Hospital Santa Teresita de Pácora, aunque se hubiese presentado bajo la forma de contratos de prestación de servicios.

En ese entendimiento, la Sala concuerda con la Juez de primera instancia en el

⁶³ Páginas 23 a 26 del archivo nº 01 del cuaderno 1 del expediente digital.

sentido que es procedente declarar la nulidad del acto administrativo atacado y, en consecuencia, declarar la existencia de un contrato realidad o relación laboral encubierta entre las partes.

Ahora bien, como se indicó anteriormente, este Tribunal considera necesario modificar la providencia recurrida para precisar los extremos temporales por los cuales se reconoce la existencia de la relación laboral encubierta, que corresponden a los siguientes:

- Del 2 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012
- Del 2 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012
- Del 2 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2012
- Del 1º de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2012
- Del 2 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013
- Del 1º de abril de 2013 al 23 de junio de 2013
- Del 14 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013
- Del 2 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014
- Del 1º de julio de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 1º de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2014
- Del 2 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015
- Del 1º de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015
- Del 1º de enero de 2016 al 30 de junio de 2016
- Del 1º de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016

Adicionalmente, como se advirtió que en este caso no se configuró el fenómeno de la prescripción, la declaratoria de nulidad del acto demandado debe ser total y no parcial.

Coincide parcialmente este Tribunal en el restablecimiento del derecho ordenado, pues más allá de la modificación que habrá de hacerse en relación con el período de restablecimiento del derecho, de conformidad con las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado sobre la materia, cuando se configura un contrato realidad o relación laboral encubierta, la entidad demandada debe reconocer y pagar las mismas prestaciones sociales que hubiera percibido un empleado de planta de igual o similar categoría, correspondientes al período por el cual se reconoce la relación laboral, tomando como referencia para la liquidación de tales prestaciones el monto pactado como honorarios en cada contrato.

De otra parte, como los aportes a pensiones son imprescriptibles, según los razonamientos expuestos anteriormente, estima la Sala que debe adicionarse el fallo recurrido para declarar expresamente que el tiempo laborado por el señor Gonzalo Arias como auxiliar administrativo y de facturación al

servicio del Hospital Santa Teresita de Pácora, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral encubierta, se debe computar para efectos pensionales.

Ahora, en lo que respecta al reintegro que la Juez de primera instancia ordenó sobre los valores que por concepto de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en pensión el accionante debió efectuar, la Sala modificará la sentencia para en su lugar disponer que la entidad accionada debe tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional del demandante (los honorarios pactados) dentro de la totalidad del período reconocido como laborado, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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 trabajador.

Por lo demás, tal como se dispuso en primera instancia, las sumas que deba cancelar la entidad accionada tienen que ser actualizadas de acuerdo con la fórmula indicada en la providencia recurrida.

8. Compulsa de copias

En cuanto al cuestionamiento hecho por la entidad accionada en relación con la compulsa de copias ordenada en primera instancia, este Tribunal considera que el argumento de dicho reproche, esto es, la buena fe en la actuación de la ESE, no es un tema que se encuentre en debate en este proceso y que justamente será analizado por la autoridad disciplinaria competente de considerar necesario iniciar algún tipo de investigación por los hechos que dieron origen a este asunto.

Costas

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, esta Sala de Decisión se abstendrá de condenar en costas en esta instancia, como quiera que la providencia recurrida habrá de ser modificada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero. MODIFÍCASE el ordinal primero de la sentencia del once (11) de mayo de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Gonzalo Arias Arias contra el Hospital Santa Teresita de Pácora, **en el sentido** de declarar no probadas la totalidad de excepciones propuestas por la entidad accionada.

Segundo. MODIFÍCASE el ordinal segundo de la providencia objeto de apelación, **en el sentido** de declarar la nulidad total del acto administrativo demandado.

Tercero. MODIFÍCASE el ordinal tercero del fallo recurrido, **en el sentido** de precisar que la declaratoria de existencia de la relación laboral encubierta entre las partes procede por los siguientes períodos:

- Del 2 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012
- Del 2 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012
- Del 2 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2012
- Del 1º de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2012
- Del 2 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013
- Del 1º de abril de 2013 al 23 de junio de 2013
- Del 14 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013
- Del 2 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014
- Del 1º de julio de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 1º de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2014
- Del 2 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015
- Del 1º de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015
- Del 1º de enero de 2016 al 30 de junio de 2016
- Del 1º de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016

Cuarto. MODIFÍCASE el inciso primero del ordinal cuarto de la sentencia apelada, **en el sentido** que el lapso por el cual procede el restablecimiento

del derecho ordenado corresponde a los siguientes períodos:

- Del 2 de enero de 2012 al 30 de abril de 2012
- Del 2 de mayo de 2012 al 30 de junio de 2012
- Del 2 de julio de 2012 al 30 de septiembre de 2012
- Del 1º de octubre de 2012 al 31 de diciembre de 2012
- Del 2 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013
- Del 1º de abril de 2013 al 23 de junio de 2013
- Del 14 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013
- Del 2 de enero de 2014 al 30 de junio de 2014
- Del 1º de julio de 2014 al 30 de septiembre de 2014
- Del 1º de octubre de 2014 al 31 de diciembre de 2014
- Del 2 de enero de 2015 al 30 de junio de 2015
- Del 1º de julio de 2015 al 31 de diciembre de 2015
- Del 1º de enero de 2016 al 30 de junio de 2016
- Del 1º de julio de 2016 al 31 de diciembre de 2016

Quinto. MODIFÍCASE el inciso final del ordinal cuarto de la providencia objeto de recurso, el cual quedará así:

DECLÁRASE que el tiempo laborado por el señor Gonzalo Arias Arias como auxiliar administrativo y de facturación en el Hospital Santa Teresita de Pácora, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios en los períodos en los cuales se demostró la existencia de una relación laboral, se debe computar para efectos pensionales.

CONDÉNASE al Hospital Santa Teresita de Pácora a tomar el Ingreso Base de Cotización o IBC pensional de la parte actora (los honorarios pactados) dentro de la totalidad de períodos reconocidos como laborados, 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, sólo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para lo anterior, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duraron los referidos 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 trabajador.

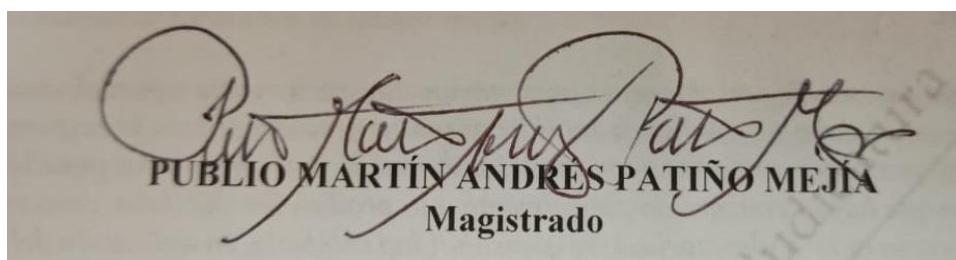
Sexto. En lo demás, CONFÍRMASE el fallo objeto de apelación.

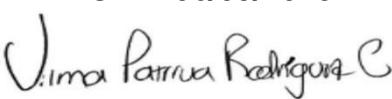
Séptimo. ABSTIÉNESE de condenar en costas en esta instancia, por lo brevemente expuesto.

Octavo. NOTIFÍQUESE conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

Noveno. 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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS NOTIFICACIÓN POR ESTADO No. 155 FECHA: 06/09/2023  Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas Secretaria

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS SALA DE CONJUECES

Tomás Felipe Mora Gómez
Conjuez Ponente

Manizales, cinco (5) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de primera instancia, después de haber evacuado con éxito todas las etapas anteriores a la sentencia en este medio de control **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** en el que es demandante el señor **DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** contra la **NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, en **SALA** conformada por el **Dr. TOMAS FELIPE MORA GOMEZ** en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Dr. JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ** y **Dr. JOSE MAURICIO BALDION ALZATE**.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el 7 de marzo de 2019, declaración de impedimento de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Caldas de 29 de marzo y 5 de abril de 2019, auto acepta impedimento del Consejo de Estado el 15 de agosto de 2019 y sorteo de Conjueces el 25 de septiembre de 2020 (fls. 1-75), admisión de la demanda el 8 de febrero de 2021 (*02AdmiteDemandai09*) y notificación electrónica de la demanda el 9 de febrero de 2021 (*03MSJDatosNotifDemandai09*, *04AcusesMSJDatosNotifDemandai09*), auto adiciona la admisión (*05AdicionaAI09*), traslado de excepciones n° 044 de 26 de julio de 2021 (*14ConstanciaTrasladoExcepciones*, *15TrasladoExcepciones*, *16MSJDatosTrasladoExcepciones*, *17AcusesTrasladoExcepciones*),

constancia de suspensión de los términos por cuenta de la Emergencia Económica, Social y Ecológica a través del *decreto 417 de 17 de marzo de 2020* declarada por el Gobierno Nacional, por la amenaza del COVID-19 en concordancia con los *Acuerdos PCSJA2011517 de 15 de marzo de 2020, PCSJA2011521 de 19 de marzo de 2020, PCSJA2011526 de 22 de marzo de 2020 y PCSJA2011532 de 11 de abril de 2020 (18ADespacho)*, auto preside de la audiencia inicial, fija el litigio, decreta pruebas y corre traslado de alegatos de 6 de julio de 2023 (*19PruebasFijalitigioAlegatos, 20Notificacion*), constancia a despacho para emitir sentencia de 17 de agosto de 2023 .

3. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder especial del demandante Darío Alonso Aguirre Palomino para el abogado Gabriel Darío Ríos Giraldo, escrito de la demanda, pruebas allegadas con la demanda (fl. 1-57), respuesta de la demanda, poder por el Director Ejecutivo de Administración Judicial Seccional Manizales al abogado Julián Augusto González Jaramillo, actuación administrativa (*09ReciboContestacionDemandaa, 10ContestacionDemandaa, 11Anexo1ContesDdaPoder, 12Anexo2ContesDdaResDirEjec; 13Anexo3ContesDdaReclaAdm*), alegatos parte demanda y parte demandante (*21AlegatosDemandada, 22AlegatosDemandante*).

4. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

4.1. Demandante.

4.1.1. En la demanda:

Derecho de petición radicado el 2 de mayo de 2017, resolución DESAJMAR17-475 de 22 de mayo de 2017 “*por medio de la cual se responde un derecho de petición*” y su constancia de notificación, recurso de apelación, resolución DESAJMAR17-590 de 15 de junio de 2017 “*por medio de la cual se concede un recurso de apelación*” y su constancia de notificación, constancia laboral n° 371 de 3 de marzo de 2016 de “*tiempos de servicio y emolumentos cancelados al demandante*”, solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación de 24 de septiembre de 2018, resolución n° 1458 de

23 de noviembre de 2018 “*por medio de la cual se admite y se declara fallida una conciliación*” (fl. 29-58).

4.2. Demandada.

- Actuación administrativa (*11Anexo1ContesDdaPoder, 12Anexo2ContesDdaResDirEjec, 13Anexo3ContesDdaReclaAdm*).

4.3. Pruebas decretadas y negadas.

Mediante providencia del 6 de julio de 2023 y a la luz del artículo 182A del CPACA, se negó la prueba solicitada por la parte demandante, por encontrarla inútil e innecesaria y se incorporaron al expediente las pruebas aportadas en la demanda y su contestación.

5. ASUNTO

Actuando a través de apodera judicial, el demandante **Dr. DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**, para solicitar el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4 de 1992 y la reliquidación de sus prestaciones sociales, teniendo en cuenta el carácter de factor salarial que tiene esta prima y el pago de las diferencias.

6. DECLARACIONES Y CONDENAS

Fueron definidas en la fijación del litigio, realizado en providencia de 6 de julio de 2023, así;

1. **DECLARAR** la nulidad del *Resolución DESAJMAR17-475 de 22 de mayo de 2022.*
2. **DECLARAR** la nulidad del *acto administrativo ficto presunto negativo.*
3. **ORDENAR** a la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** liquidar

en debida forma a partir del momento de su vinculación como **JUEZ DE LA REPUBLICA**, desde el 15 de diciembre de 2008, al **Dr. DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO**, la prima especial de servicios consagrada en el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992, contabilizándola como factor salarial, equivalente al 30% del ingreso básico mensual, la cual debe adicionarse al salario básico y no deducirse, para que la liquidación de sus prestaciones sociales se haga con el 100% de su remuneración mensual y no con el 70%, como ha ocurrido.

4. **ORDENAR** a la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** reconocer y pagar al **Dr. DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** a partir del momento de su vinculación como **JUEZ DE LA REPUBLICA**, esto es desde el 15 de diciembre de 2008 y hasta el 18 de noviembre de 2014, las diferencias salariales y prestacionales (primas de vacaciones, navidad, de servicios, extralegales, bonificación por servicios, cesantías e intereses a esta, entre otros), existentes entre las sumas que le fueron canceladas y las que legalmente le corresponden, contabilizando como factor salarial la prima especial consagrada en el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992.
5. Que los dineros que se paguen al **Dr. DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** sean debidamente indexados.
6. **CANCELAR** al **Dr. DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO**, o a quien o quienes sus derechos representen, los intereses que se generen desde el momento de su causación hasta que se haga el pago de las sumas ordenadas a cancelar.
7. **ORDENAR** a la demandada que para el cumplimiento de la sentencia se ordenará dar estricta aplicación a los artículos 192 y 195 del CPACA.

CONDENAR al reconocimiento y pago de costas y agencias en derecho, que se llegaran a causar.

6. HECHOS

El señor **DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** ha laborado al servicio de la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** en varios cargos desde el 24 de enero de 1990, se desempeñó como Juez de la Republica en los siguientes periodos: **(i). 15 de diciembre de 2008 a el 14 de diciembre de 2010, (ii). 26 de agosto de 2011 a 30 de abril de 2013, (iii). 25 de junio de 2013 a 20 de agosto de 2013, (iv). 20 de noviembre de 2013 a 14 de julio de 2014 (v). 21 de septiembre de 2014 a la fecha de presentación de esta demanda,** aún continuaba vigente su vínculo laboral con la demandada.

7. RECLAMACION ADMINISTRATIVA

El señor **DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** a través de apoderado, el 2 de mayo de 2017, instauró derecho de petición ante la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL-RAMA JUDICIAL**, Seccional Manizales, Caldas, en la que solicitó -a grandes rasgos- el reconocimiento y pago de la prima especial de servicios regulada por el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992, además, el reconocimiento y pago de esta prestación social como factor salarial y las correspondientes reliquidaciones por el periodo laborado al servicio de la demandada y en el cargo de **JUEZ DE LA REPUBLICA**.

Dicha petición fue negada a través de la **Resolución DESAJMAR17-475 de 22 de mayo de 2022**. Contra esta decisión el demandante instauró el recurso de reposición, el cual fue concedido a través de la **resolución DESAJMAR17-590 de 15 de junio de 2017**.

Transcurrieron más de 20 meses, sin que la demandada resolviera el recurso de apelación, por lo que se configuró el **acto administrativo ficto presunto negativo**, derivado del silencio administrativo negativo, de acuerdo a lo previsto por el artículo 86 del CPACA.

8. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD

Radicada la solicitud de conciliación prejudicial, la diligencia se

practicó el 10 de diciembre de 2018, declarándose fallida por medio de la resolución 1148 de 24 de septiembre de 2018.

9. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

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

9.2. Normas Constitucionales vulneradas: artículos 1, 2, 4, 13, 23, 25, 53, 209 y 215.

9.3. Normas de carácter nacional vulneradas: artículos 2º, 12º-párrafo y 14º de la ley 4ª de 1992; artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, artículo 12 del Decreto 717 de 1978, artículos 10, 102, 137, 148, 189 y 269 de la Ley 1437 de 2011 y artículo 152-7º de la Ley 270 de 1996.

El artículo 14 de la Ley 4ª de 1992 creó lo que se conoce como “*prima especial de servicios*” equivalente al 30% de los ingresos laborales, para Jueces, Magistrados y afines, lo que constituye un derecho cierto, real y efectivo, sin embargo el Gobierno dio una interpretación errada a la norma, pues en vez de pagar una prima equivalente al 30% del salario básico mensual, extrajo del salario el 30% y lo denominó prima especial de servicios y el restante 70% lo entregó a título de salario básico mensual, es decir, pago un 100% como salario y lo que debía hacer, era pagar el 130%, aunado a eso, al realizar el cálculo de las prestaciones sociales, desconoció el carácter de factor salarial de esta prima, por lo que desmejoró ostensiblemente la remuneración básica mensual a que tiene derecho el demandante.

Desconoce entonces la demandada estos postulados, al venir liquidando las prestaciones sociales del demandante, sin realizar correctamente el cálculo que le corresponde a la prima especial de servicios, equivalente al 30% de todos los ingresos devengados por este.

9. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La NACIÓN-DIRECCION EJECUTIVA DE
ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL-SECCIONAL

CALDAS (09ReciboContestacionDemandada, 10ContestacionDemandada): manifestó que el Consejo de Estado mediante sentencia del 29 de abril de 2014 emitida por la Sala de Con jueces, Sección Segunda¹, se declaró la nulidad de los artículos en los decretos anuales de salarios de la Rama Judicial comprendidos entre los años 1996 a 2007, los cuales ordenaron que el 30% de la asignación básica para el cargo de Magistrado de Tribunal, entre otros servidores públicos, se consideraba como prima sin carácter salarial, lo que indica que los decretos emitidos por el Gobierno Nacional a partir del año 2008, aún gozan de presunción de legalidad, motivo que da lugar a la negación de las pretensiones de la demanda.

Aunado a lo anterior, ante los efectos vinculantes que genera el citado fallo judicial, en la que sus efectos vinculantes, son susceptibles de reconocimiento y pago, los cuales deben ser cancelados previa asignación de los recursos por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Situación que se agrava, si se tiene en cuenta las experiencias pasadas, en las que la Rama Judicial a través del Director Ejecutivo de Administración Judicial-Nivel Central en asocio con la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, calculó el presupuesto de la Rama Judicial para la vigencia siguiente, sin que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, emita respuesta favorable a los intereses de la demandada, conforme la respuesta emitida en el oficio de 30 de diciembre de 2014, suscrito por la Dirección General del Presupuesto Público Nacional; en el cual, palabras más, palabras menos, exige la constitución de un título legítimo de gasto, por no ser un crédito judicialmente reconocido, sino que la situación judicial que sea analiza trata de una sentencia de simple nulidad, las cuales no son títulos constitutivos de gasto, en razón a que en nuestro ordenamiento jurídico no existe la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos particulares que nazca en uno general anulado.

Así las cosas, el reconocimiento y pago que predica el demandante solo es posible en virtud de un fallo judicial, pues como ya se dijo es la única manera de constituir un título constitutivo de gasto y no la sentencia de simple nulidad, que no genera efectos a nivel personal, por lo que su aplicación a las pretensiones del demandante, se hace imposible. Ahora bien, la aplicación retroactiva de los intereses del demandante, sin contar con una sentencia judicial ejecutoriada que lo

¹ Radicado n° 11001-03-25-000-2007-00087-00(1686-07). C.P. María Carolina Rodríguez Ruiz.

ordene, acaecería en sanciones del orden disciplinario y penal para la entidad que representa, conforme lo dispone el artículo 112 del Decreto 111 de 1996.

En conclusión a pesar de la existencia de una sentencia emitida por el Consejo de Estado desde el año 2014, que anuló los decretos salariales comprendidos entre los años 1997 a 2007, dejó por fuera lo decretos salariales emitidos por el Gobierno Nacional en los años posteriores al 2008 y dado que se trata de un medio de control de simple nulidad, sus efectos vinculantes son del orden general, por lo que es imposible aplicarlos al caso particular, en consecuencia; las decisiones tomadas por la demandada frente al demandante, se han ajustado a derecho y por ende, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

10. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El día 24 de febrero de 2020 se surtió traslado a las excepciones *i). Prescripción trienal, ii). Innominada, iii) Integración de la litis consorcio necesaria*, formuladas por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Seccional Manizales. (14ConstanciaTrasladoExcepciones, 15TrasladoExcepciones).

12. ALEGACIONES FINALES

Se corrió traslado en la mencionada providencia de 6 de julio de 2023, ambas partes aprovecharon la oportunidad.

11.1. Demandada.

Reitera lo dicho en la contestación de la demanda, reafirma las excepciones propuestas con especial énfasis en la excepción de prescripción y como nuevo aporte cita la sentencia de unificación de 2 de septiembre de 2019, que declaró que dicha prima solo se considera factor salarial para efectos de reliquidación de la pensión, pero en Jueces activos o que aún no hayan alcanzado esta categoría, no es factor salarial, “...En atención a la sentencia de unificación del Consejo de Estado 201600041 se tiene que la prima especial de servicios es un incremento del salario básico y sólo constituye factor salarial para efectos de pensión de jubilación, por tanto no es una prestación social. La reliquidación de las prestaciones sociales y el 30% adicional de

*prima especial, sin carácter salarial acorde, es previsto el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992. La aludida prima no tiene carácter salarial por expresa disposición legal consagrada en el artículo 14 de la Ley 4 de 1992, lo que significa que dicho porcentaje no constituye factor de salario para la liquidación y pago de las primas de servicios, navidad, vacaciones, auxilio de cesantía y bonificación por servicios prestados, etc. Además, esta norma fue objeto de revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, quien la declaró **EXEQUIBLE**, por ende, tal pronunciamiento se constituye como **COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**.”.*

Demandante.

Retomo los argumentos esbozados en la demanda sin agregar nada nuevo.

13. CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Con jueces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto de 15 de agosto de 2019 (fl. 69-70) que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Con juez por sorteo de con jueces realizado el pasado 25 de septiembre de 2020 (fl. 75-78).

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

Procede la Sala de Con jueces a realizar control de legalidad de las actuaciones hasta ahora superadas en este medio de control, sin encontrar vicio que pueda anular el proceso, ni entorpecerlo en el futuro.

c. PROBLEMA JURÍDICO:

1). *¿Si corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos demandados?*

2). *¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento y pago de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992, por los periodos que reclama?*

Y en consecuencia;

3). *¿Tiene derecho el demandante al reconocimiento de la prima especial de servicios como factor salarial y por ende ordenar la reliquidación y pago de las diferencias dinerarias, que por concepto de una indebida liquidación de sus prestaciones sociales, fueron causadas durante los periodos en que ocupó los cargos de Juez de la Republica?*

d. Cuestión previa.

Fueron propuestas por la demandada las excepciones; *i).* *Integración del Litis consorcio necesario, ii).* *Prescripción trienal e, iii).* *Innominada*; las cuales se resolverán en el siguiente orden;

Frente a la *integración de la Litis consorcio necesario*, los actos administrativos atacados por el demandante, fueron emitidos por la demandada y no hubo participación del Gobierno Nacional, además, por conducto de la Ley 270 de 1996, la Rama Judicial tiene presupuesto autónomo y, por tanto, el pago de las posibles condenas, no está supeditado a la voluntad del Gobierno Nacional, por lo tanto, se negará esta excepción. Respecto de la excepción de *prescripción extintiva del derecho*, a la luz de la pluricitada sentencia de unificación, sobre los periodos reclamados respecto de esta prima especial de servicios, el derecho se hizo exigible, desde el mismo momento en que entró en vigencia la Ley 4 de 1992, es decir; 1 de enero de 1993 y desde ese momento, los demandantes han podido hacer exigible el derecho a la prima especial de servicios, ante la inexistencia de algún factor que impidiera la exigencia del derecho, en consecuencia en esta causa, se declarara parcialmente probada esta excepción, el análisis de los periodos afectados, tendrá un acápite propio en esta sentencia. Finalmente, la Sala no encuentra de oficio ninguna otra excepción que deba ser declarada.

En consecuencia, se declarará **PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción trienal laboral y **NO PROBADAS** las demás.

e. Introducción a las consideraciones.

Antes de iniciar con el estudio del presente caso, fuerza decir que la Sala acoge en su integridad lo dispuesto en la **Sentencia de Unificación -SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019 del Consejo de Estado**, en cumplimiento con lo dispuesto en los artículos 102, 269, 271 del CPACA, los cuales infieren el efecto de obligatorio cumplimiento que tienen las sentencias de unificación.

f. Análisis del caso

PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS, ARTICULO 14 DE LA LEY 4 DE 1992 EN APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD –

La Ley 4^a de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

- a) *Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;*
- b) *Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;*
- c) *Los miembros del Congreso Nacional, y*
- d) *Los miembros de la Fuerza Pública”.*

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

- a) *El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.*
- b) *(...)”.*

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4^a de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional en su artículo 14, creó la prima de servicios, así:

ARTÍCULO 14. El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o.) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los Registradores del Distrito Capital y los niveles Directivo y Asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

PARÁGRAFO. Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad”.

A su vez, el Gobierno año tras año, en virtud de la potestad otorgada por la Ley 4^a de 1992, expidió los decretos mediante los cuales dictó disposiciones en materia salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima.

Ahora bien, dichos decretos salariales desde el año 1993 al año 2007, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado mediante providencia suscrita el día 29 de abril de 2014, en la que se señaló que el Gobierno Nacional interpretó las normas de forma errónea, en tanto desmejoró el salario de los funcionarios de la Rama Judicial, razón por la cual declaró la nulidad de los decretos que establecían el salario y las prestaciones para los servidores públicos de la Rama Judicial desde el año 1993 al año 2007, ***quedando en vigencia el salario en un cien por ciento (100%) para que sea tenido al momento de efectuar cálculos para pagar prestaciones sociales***, cesantías, indemnizaciones, intereses, bonificaciones, prima de navidad, vacaciones, de servicio y demás rubros que se reconocen y pagan a los funcionarios públicos. Se expuso en dicha sentencia lo siguiente²:

“En virtud de la potestad otorgada por la Ley 4^a de 1992, el Gobierno Nacional expidió los decretos demandados, reproduciendo año por año la previsión de que el 30% del salario devengado por los funcionarios enumerados en el artículo 14 de la mencionada ley, sería considerado como prima. Dichos decretos no ofrecieron la suficiente claridad y fueron interpretados erróneamente por las entidades encargadas de aplicarlos, pues entendieron que el 30% del salario básico era la prima misma y no que ésta equivalía a ese 30%. Aunque parece un juego de palabras, son dos cosas completamente diferentes, pues la primera interpretación implica una reducción del salario básico al 70%, mientras que la segunda, que es la correcta de conformidad con la Ley y la Constitución Política, como se explicará más adelante, implica que se puede tomar el 30% del salario, pero solamente para efectos de cuantificar la prima especial, para luego adicionarla al salario básico. La diferencia se evidencia en el siguiente ejemplo, para el cual hemos tomado un salario básico de \$10.000.000:

<i>Primera interpretación (el 30% del salario básico es la prima misma)</i>	<i>Segunda y correcta interpretación (la prima equivale al 30% del salario básico)</i>
<p><i>Salario básico: \$10.000.000</i> <i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i> <i>Salario sin prima: \$7.000.000</i> <i>Total a pagar al servidor: \$10.000.000</i></p>	<p><i>Salario básico: \$10.000.000</i> <i>Prima especial (30%): \$3.000.000</i> <i>Salario más prima: \$13.000.000</i> <i>Total a pagar al servidor: \$13.000.000</i></p>

2 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONJUEZ PONENTE: MARÍA CAROLINA RODRÍGUEZ RUIZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil catorce (2014). EXPEDIENTE No. 11001-03-25-000-2007-00087-00. No. INTERNO: 1686-07.

A su vez en reciente sentencia del Consejo de Estado del dos (2) de septiembre el 2015, Conjuez Ponente: Carmen Anaya de Castellanos³, se señaló al respecto:

“... para esta Sala de Conjueces es claro que tales normas y actos administrativos demandados, desmejoraron laboralmente los salarios y derechos prestacionales de la actora, puesto que se desconoció, tanto en el procedimiento administrativo como en la sentencia recurrida, el que las primas representan un incremento a la remuneración y no una merma de la misma, contrariando la progresividad en materia laboral. Entonces, en consecuencia, se procederá a ordenar, a título de restablecimiento del derecho, la reliquidación y pago del 30% del salario, con incidencia en la prima y las prestaciones legales devengadas por el señor JOSÉ FERNANDO OSORIO CIFUENTES, durante el período demandado”.

De acuerdo a lo anterior, con los criterios normativos establecidos en la ley marco, esto es la Ley 4^a de 1992, es claro que el Gobierno Nacional contravino los criterios fijados por el legislador con la expedición de los decretos demandados anualmente, pues como se pudo observar, el literal a) del artículo 2º de la mencionada Ley estableció que de ninguna manera se podían desmejorar los salarios y prestaciones sociales. Sin embargo, se dio una incorrecta interpretación, aplicando indebidamente la Ley 4^a de 1992 al haber mermado el salario de un grupo de servidores públicos, razón suficiente para determinar que los actos administrativos demandados son contrarios a la Constitución y la Ley, pues desconocen los derechos laborales prestacionales del actor y vulneran principios constitucionales, por lo que es mandatario ordenar el pago íntegro del salario, y la reliquidación de sus derechos laborales y prestacionales, en atención al desarrollo y evolución jurisprudencial que procura la protección de los derechos laborales económicos y constitucionales reclamados.

Providencia que fue confirmada por la reciente sentencia de unificación que sobre esta prima emitió el Consejo de Estado⁴, la cual concluyó que la prima especial de servicios, de que trata el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992, es una prestación social equivalente al 30% del sueldo básico de estos funcionarios y es adicional a este y no, como lo pretendieron el Gobierno y la demandada, incluido en el sueldo básico,

³ Actor: José Fernando Osorio Cifuentes. No radicación 73001233100020110010202

⁴ Sentencia de Unificación SUJ-016-CE-S2-2019 de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P: Carmen Anaya de Castellanos. Actor: Joaquín Vera Pérez Demandado: Nación-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-Rama Judicial.

así las cosas, el sueldo real que debió recibir el demandante por este concepto, era la prima especial de servicios equivalente más el sueldo básico y esto constituye el 100% real de este.

“...Para la sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta(sic) para la reliquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho...”

Corolario de lo anterior, es claro que siendo el demandante integrante de ese grupo de funcionarios que analizó el Consejo de Estado, su sueldo también se vio afectado por las decisiones tomadas por el Gobierno Nacional y acatadas por la demandada, pese a que la Constitución Nacional prohíbe el cumplimiento de normas, que sean abiertamente contrarias a los derechos constitucionales y legales.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS COMO FACTOR SALARIAL

De igual manera, hace parte de la reclamación realizada por la parte demandante y de la contestación hecha por la demandada, la condición o no, de factor salarial que supuestamente reviste la prima especial de servicios.

El artículo 14 de la Ley 4 de 1992, que señaló expresamente su carácter de **no salarial**, fue modificado por la Ley 332 de 1994 “*Por la cual se modifica la Ley 4 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, señalando que la prima **constituiría parte del ingreso base, pero únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación**. El artículo en cuestión señala:

Artículo 1º.- Aclarado por el art. 1, Ley 476 de 1998⁵ La prima especial prevista en el primer inciso del artículo 14 de la Ley 4 de

⁵ *Artículo 1º. Aclárese el artículo 1º de la Ley 332 de 1996, en el sentido de que la excepción allí consagrada que hace alusión a la Ley 4^a de 1992, no se refiere a los Fiscales de la Fiscalía General*

1992, para los funcionarios allí mencionados y para los fiscales de la Fiscalía General de la Nación, con la excepción allí consagrada, que se jubilen en el futuro, o que teniendo reconocida la pensión de jubilación aún se encuentren vinculados al servicio harán parte del ingreso base únicamente para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, para lo cual se harán las cotizaciones de pensiones establecida por la Ley.

La anterior prima con las mismas limitaciones, también se aplicará a los Magistrados Auxiliares y abogados asistentes de las Altas Cortes, Magistrados de los Consejos Seccionales de la Judicatura, Magistrados del Tribunal Nacional, y Magistrados del extinto Tribunal Disciplinario y los Procuradores Delegados de la Procuraduría General de la Nación.⁶

De igual manera la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 1996 al realizar análisis de constitucionalidad se pronunció sobre los artículos 14 y 15 de la Ley 4^a de 1992, declarando la EXEQUIBILIDAD de la frase “sin carácter salarial”.

El Consejo de Estado, Sección Segunda⁷, en reciente sentencia adujo que la prima especial de servicios **NO tiene carácter salarial**:

“Dicha ley marco es la Ley 4^a de 1992, que en el artículo 14 establece una prima especial de servicios sin carácter salarial para diversos servidores públicos, que oscila entre el 30% y el 60% de la remuneración básica mensual⁸.

de la Nación que se acogieron a la escala salarial establecida en el Decreto 53 de 1993, ni a quienes se vincularen con posterioridad a dicho decreto. En consecuencia, para estos servidores, la prima especial de servicios a que se refiere el artículo 6º del Decreto 53 de 1993 y los decretos posteriores que lo subrogan o lo adiciona, tendrá carácter salarial para efectos de la determinación del salario base de liquidación de la pensión de jubilación.

6 Texto en Negrita declarado EXEQUIBLE en Sentencia Corte Constitucional 444 de 1997. Texto subrayado declarado EXEQUIBLE Sentencia Corte Constitucional 129 de 1998

7 SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CONJUECES. CONJUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

8 Ley 4 de 1992. Artículo 14: “El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial, para los magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los jueces de la República, incluidos los magistrados y fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1) de enero de 1993.

Igualmente tendrán derecho a la prima de que trata el presente artículo, los delegados departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil, los registradores del distrito capital y los niveles directivo y asesor de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

(...) En esta sentencia, que es del año 2014, se anularon todos los decretos expedidos sobre la materia por parte del Gobierno Nacional entre 1993 y el 2007.

Aquí en el caso que nos ocupa se acoge y ratifica esta línea jurisprudencial, con la siguiente precisión: es necesario distinguir la liquidación del ingreso mensual de la liquidación de las prestaciones sociales, así:

En cuanto a lo primero, el ingreso mensual se debe liquidar como se indicó en el cuadro transcrita de la sentencia del 29 de abril de 2014, o sea que incluya el salario básico más un 30% adicional, a título de prima especial de servicios. En el ejemplo, cada mes se debería pagar \$13.000.000 de pesos.

Y en cuanto a lo segundo, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario básico, sin restar ni sumar el 30% de la prima especial de servicios, que para estos efectos no tiene incidencia alguna, ya que no tiene carácter salarial, como lo indica la Ley 4^a de 1992. En el ejemplo, las prestaciones se deben liquidar sobre una base de \$10.000.000 de pesos.” (subrayas fuera de texto)

Conforme a la sentencia anterior, el porcentaje del 30% que corresponde a la prima especial de servicios **SOLO tiene carácter salarial**, únicamente frente a la pensión de jubilación, posición que fue confirmada por la sentencia de unificación proferida por la Sala de Conjueces del Consejo de Estado el pasado 2 de septiembre de 2019 y de la que hemos venido hablando;

“...En efecto, la norma previó que dicha prima, no constituiría factor salarial, disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-279 de 1996, en la que se adujo:

«el Legislador conserva una cierta libertad para establecer, qué componentes constituyen o no salario; así como definir y desarrollar el concepto de salario, pues es de su competencia desarrollar la Constitución. El considerar que los pagos por primas técnicas y especial no constituyen factor salarial, no lesiona los derechos de los trabajadores, y no implica una omisión o un incorrecto desarrollo del especial deber de protección que el Estado Colombiano tiene en relación con el derecho al trabajo ni se aparta de los deberes que Colombia ha adquirido con la comunidad internacional.»

A partir de la expedición de la Ley 332 del 19 de diciembre de 1996, el carácter no salarial de la mencionada prestación, fue modificado en el sentido de que esta debía tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones pero únicamente respecto a la pensión de jubilación de los funcionarios señalados en la norma que, a la fecha de su entrada en vigencia, se encontraran vinculados al servicio o que se jubilaran con posterioridad a esta.

El artículo 14 de la Ley 4^a de 1992 facultó al Gobierno para determinar el porcentaje de la prima especial que, según el legislador, debía oscilar entre el 30 y el 60 % del salario básico, aspecto que ha sido regulado por el ejecutivo anualmente a partir de 1993, al expedir los decretos salariales de los servidores públicos.

En segundo lugar, el ejecutivo reglamentó el régimen salarial ordinario de los servidores públicos, así como previsto en el Decreto 57 de 1993, aplicable a los funcionarios que renunciaron al régimen ordinario y optaron por este y, a quienes se vincularon a partir de su vigencia. Frente al régimen de acogidos al Decreto 57 de 1993, se determinó que «el treinta por ciento (30%) de la remuneración mensual de los siguientes servidores públicos se considera como Prima Especial, sin carácter salarial»⁹.

Y frente al régimen salarial de los no acogidos, se estableció que «los funcionarios a que se refieren los artículos 5 y 6 del presente decreto tendrán derecho a una prima especial mensual equivalente al treinta por ciento (30%) de la asignación básica y los gastos de representación sin carácter salarial y sustituye la prima de que trata el artículo 7 del decreto 903 de 1992»¹⁰.

En tercer lugar, es importante destacar que el entendimiento del concepto de prima ha sido abordado por el Consejo de Estado¹¹ al señalar que el título de «primas» significa invariablemente un agregado en el ingreso de los servidores públicos en ocasiones de naturaleza prestacional, salarial o como simple bonificación, con la constante, eso sí, de representar un incremento en los ingresos derivados de la relación laboral. Señaló expresamente la Sala:

«... la noción de “prima” como concepto genérico emerge a título de reconocimientos económicos adicionales para el empleado a fin de expresar cualidades o características particulares del mismo, que con todo, implican un aumento en su ingreso laboral, es así, como la prima técnica, la prima de antigüedad, la prima de clima,

⁹Artículo 7, Decreto 57 de 1993.

¹⁰Artículo 7, Decreto 51 de 1993.

¹¹ Sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda del 2 de abril de 2009, expediente 11001-03-25-000-2007-00098-00 (1831-07), actor: Luis Esmeldy Patiño López, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

entre otras, representan un sistema utilizado en la función pública para reconocer un “plus” en el ingreso de los servidores públicos, sin importar que en la definición normativa de esencia, sea o no definido su carácter salarial, prestacional o simplemente bonificadorio.»

Fuerza entonces concluir que, por orden de la ley y la jurisprudencia, tanto de nuestro órgano superior como de la Corte Constitucional, la prima especial de servicios que reclama la demandante, **SOLO** le reviste carácter de **factor salarial** para efectos de cotización para la **pensión de jubilación**.

LA PRIMA ESPECIAL DE SERVICIOS FRENTE A JUECES DE LA REPUBLICA.

Consecuente con la Sentencia de Unificación mencionada, la prima especial de servicios fue creada por el legislador como una contraprestación que debería ser sumada al sueldo de los funcionarios beneficiados con esta y no, como lo viene aplicando la parte demandada, extrayendo el equivalente a la prima especial de servicios de 30%, del mismo sueldo de estos funcionarios;

“...Para la Sala demostrado esta que a partir de la expedición de los Decretos 51, 54 y 57 de 1993, 104, 106 y 107 de 1994, 26, 43 y 47 de 1995, 4, 35 y 36 de 1996 y sucesivos, el Gobierno Nacional, año tras año, hasta hoy, al establecer el régimen salarial de los empleados de la Rama Judicial, ha dado la denominación de prima especial establecida en el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992, a lo que en realidad constituye el 30% del salario de los funcionarios y empleados que tienen derecho a ella, quitándoles la posibilidad de que ese 30% que, se reitera, es parte de su salario básico y/o asignación básica, sea teniendo en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales; no cabe más que restablecer este derecho.”

De las pruebas arrimadas al proceso, no quedan dudas que el demandante inició su vinculación a la Rama Judicial en el cargo de Juez de la Republica desde el 24 de enero de 1990 y a la presentación de la demanda, aún continuaba vinculado a este cargo, ahora bien, del análisis es claro que, de su propio salario, fue extractado el valor de esta prestación social, por tanto, tendrá derecho al reconocimiento de la prima especial de servicios de que trata el artículo 14 de la Ley 4^a de 1992.

PRESCRIPCIÓN TRIENAL LABORAL

-Línea Jurisprudencial del Consejo de Estado-

La línea jurisprudencial que venía defendiendo el Consejo de Estado años atrás, disponía que la prescripción que deviene de la nulidad de los decretos salariales **se debe contar desde la ejecutoria de la primera sentencia** que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios, es decir la tesis amplia, porque los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y fue con dicha decisión judicial, es decir la nulidad simple, que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales. Al respecto se había señalado con claridad:

“...Sobre la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido clara en señalar que la misma se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter de salario a la prima especial de servicios. Lo anterior porque: (i) Los servidores públicos hasta la declaratoria de nulidad de la norma precitada tenían la seguridad de que su derecho había sido bien liquidado y; (ii) porque fue con la decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales y no antes¹². Así las cosas, el día 14 de febrero de 2002 se profirió la primera sentencia que declaró nula la expresión “sin carácter salarial” del artículo 7º del Decreto 038 de 1999, por lo tanto, es a partir de dicha fecha que se cuenta la prescripción, puesto que con la expedición de la misma surgió el derecho de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a la reliquidación de sus prestaciones sociales, con la inclusión de la prima especial de servicios. Ante tal situación, a los mismos los cobija el término prescriptivo de tres años de que trata el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969 para presentar la solicitud de reliquidación de sus prestaciones sociales. Ahora, el término de caducidad debe contarse no desde la ejecutoria del acto administrativo que liquidó de forma definitiva las prestaciones sociales del servidor de la Fiscalía General de la Nación, sino desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción atrás señalado.

En efecto, ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de

¹² Cita de cita: Al respecto ver sentencia de la Sala Plena. Sección Segunda. Sentencia del 4 de agosto de 2010, Exp. 0230-08, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

carácter laboral, como puede ser la declaratoria de la nulidad de una norma, el servidor público beneficiado, tiene la posibilidad una vez agote la vía administrativa, demandar la negativa de la entidad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Todo lo anterior, fue precisado por esta Sección en sentencia del 4 de agosto de 2010¹³ en la que se unificó el criterio en cuanto al carácter salarial de la prima de servicios y en lo referente al término de prescripción y caducidad para reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales percibidas. Al respecto la providencia señaló: “[...] De la naturaleza de la cesantía y caducidad de los actos que reconocieron anualmente este auxilio a la actora. Tanto la doctrina como la jurisprudencia han precisado que la cesantía es una prestación social que no es periódica, sino que se causa por períodos determinados, lo que implica que el derecho a percibirla se agote al concluir el ciclo que la origina y que obliga a la administración a reconocerla y pagarla, emitiendo para ello un acto administrativo cuya legalidad puede controvertirse, previo agotamiento de la vía gubernativa, si a ello hubiere lugar, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación, so pena de que se produzca la caducidad de la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 134 del C. C. A. En ese orden de ideas, en principio no es factible que con una petición posterior se pueda solicitar a la administración la revisión del valor reconocido por dicho concepto.

Este criterio, sin embargo, no puede aplicarse de manera general y sin tener en cuenta el contexto en el cual se origina la nueva petición, pues tal y como ocurre en este evento, cuando se ha expedido un acto administrativo anual de liquidación que no fue controvertido ni en sede gubernativa ni judicial, puede asumirse que esta ausencia de controversia obedeció a la seguridad que el beneficiario tenía de que su derecho había sido bien liquidado. Pero si ejecutoriado este acto surge en beneficio del administrado una expectativa legítima de incremento porcentual en la base liquidatoria de su cesantía anual, es decir, un hecho nuevo producto de decisiones judiciales de anulación de normas, que resulta aplicable a su situación y lo faculta para solicitar a la administración la respectiva reliquidación. [...] Ocurre sin embargo, que con posterioridad a estas decisiones, surgió para la funcionaria una expectativa legítima de un derecho que finalmente se concretó con la anulación de las normas que le restaban el carácter salarial al 30% que a título de prima especial percibía el servidor, razón por la cual, desde este momento puede decirse que nace para cada uno de los servidores de la Fiscalía General de la Nación a los que se dirigía la norma anulada, el derecho a que dentro de la base liquidatoria de las prestaciones y las cesantías se incluya el 30% percibido a título de prima especial, es decir, que surge un derecho subjetivo que faculta al

¹³ Cita de cita: Ibídem

administrado para solicitar a la Consecuente con lo administración su reconocimiento. [...] anterior y como la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencia anulatorias citadas, los servidores o ex servidores de la Fiscalía General de la Nación, podían reclamar su reconocimiento, sin que se pueda afirmar, como lo hace la primera instancia, que lo pretendido era revivir los términos de caducidad para acudir a la jurisdicción, pues como bien lo dice la demandante, no se está discutiendo el contenido de los actos que le reconocieron anualmente la cesantía, sino la negativa a la inclusión de un derecho económico que surgió con posterioridad a este reconocimiento. Es decir que, existiendo un hecho nuevo que genera una expectativa legítima de mejoramiento de un derecho laboral económico, el administrado una vez agotada la vía gubernativa queda facultado para acudir a la jurisdicción en acción de nulidad y restablecimiento del derecho para que sea la jurisdicción de lo contencioso administrativo la que decida sobre la viabilidad de acceder o no a su pretensión de reliquidación, tal y como ocurrió en este evento [...] De esta manera la Sala se aparta del criterio acogido en algunas decisiones en las que se ha aceptado la configuración de la caducidad que conduce a proferir fallo inhibitorio frente a la pretensión de reliquidación del auxilio de cesantía, porque se insiste, la exigibilidad tuvo lugar con plena certeza a partir de la expedición de las sentencias a que se ha venido haciendo referencia [...]” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Tal providencia recogió los argumentos expuestos en varias decisiones proferidas tanto por la Subsección “A” como por la Subsección “B”, en las cuales se expresó que en casos como el aquí analizado, procede el estudio de fondo de las pretensiones porque, se reitera, el derecho surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial¹⁴. Ahora, si bien la providencia citada se refiere al auxilio de cesantías liquidado definitivamente, tal postulado se aplica también para las otras prestaciones sociales que ya se hubiesen liquidado de forma definitiva. Así lo explicó la Sección Segunda Subsección “B” al manifestar¹⁵ : “[...] 1.1.1 Respecto de las demás prestaciones sociales. Siguiendo esta postura y teniendo en cuenta que el término de prescripción (3 años) se cuenta a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, en el asunto objeto de examen no puede

¹⁴ Cita de cita: Ver las siguientes sentencias: Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Sentencia del 4 de marzo de 2010. No. Interno 1469-07. Actor. Aura Luz Mesa Herrera. Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Subsección “B” C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Sentencia del 8 de abril de 2010. No. Interno 0512-08. Actor. María Marlène Bello Sánchez.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “B”. Consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Bogotá, D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2005-08547-01(0132-09). Actor: Álvaro Guillermo Cuellar Romero. Demandado: Fiscalía General de La Nación.

decirse que la obligación se hizo exigible a la fecha de expedición de los Decretos que fijaron las escalas salariales para los empleados de la Fiscalía General de la Nación o, para el caso de las cesantías, como ya se dijo, a partir del momento en que se notificó el acto administrativo que las liquidó año a año; porque el mismo surgió al día siguiente en que quedaron ejecutoriadas las sentencias que declararon nulos los artículos referentes a la prima especial en cada uno de ellos¹⁶. [...] No puede arribarse a una conclusión distinta porque de nada valdría la anulación de las normas que limitaban el derecho de los trabajadores, lo que sucedía al negar el cómputo de la Prima Especial de Servicios como factor salarial, si las personas perjudicadas con esa determinación no pudieran hoy valerse de la desaparición de la norma restrictiva para ejercer sus derechos a plenitud [...]. En conclusión: la prescripción de las prestaciones sociales que reclaman los servidores de la Fiscalía General de la Nación en virtud de la nulidad de los Decretos que fijaron la escala salarial desde el año 1993 hasta el año 2001, se debe contar a partir de la ejecutoria de la primera sentencia que declaró la nulidad de la norma que negaba el carácter salarial a la prima especial de servicios, porque fue con tal decisión judicial que surgió el derecho a reclamar la reliquidación de las prestaciones sociales, con la inclusión de la referida prima.

Así mismo, el término de caducidad debe contarse desde la ejecutoria del acto administrativo que resolvió la petición presentada dentro del término de prescripción. Lo anterior porque se está ante la existencia de un hecho nuevo generador de una expectativa para el mejoramiento de un derecho económico de carácter laboral que antes no existía y que surgió a raíz de la declaratoria de nulidad de la norma que establecía que la prima especial de servicios no era factor salarial... ”

Conforme lo establece el artículo 2535 del Código Civil:

“La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”

Claramente, no basta con el solo pasó del tiempo para que opere el fenómeno de la prescripción, es necesario además que el derecho o la

¹⁶ La sentencia que declaró nulo el artículo 7º del Decreto 38 de 1999 se notificó mediante edicto desfijado el 6 de agosto de 2002 y la que declaró nulos los artículos 7º del Decreto 50 de 1998 y 8º del Decreto 2729 de 2001, se notificó mediante edicto desfijado el 23 de octubre de 2007, es decir que la primera quedó ejecutoriada el 12 de agosto de ese año y la segunda el 26 del de octubre de 2007, lo que significa que a partir del día siguiente en que quedaron en firme surgió el derecho para la demandante.

acción a los que pretende aplicarse esta forma extintiva sean ya exigibles o ejercitables pues solo desde ese momento podrá contabilizarse el término prescriptivo.

Concluyendo entonces que los servidores públicos no tenían forma de hacer valer su derecho, pues el mismo indefectiblemente cobró vigencia a partir de la nulidad de los decretos salariales, por ende, se defendía la tesis de que no puede predicarse prescripción pues en tales periodos no corrió la misma. La prescripción operará contados tres años siguientes a la declaratoria de nulidad.

Tesis que fue acogida en la decisión esbozada por el Consejo de Estado, Sección Segunda–Subsección “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ del veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016), pues es esta la que garantiza el acceso a la administración de justicia y la materialización de los derechos¹⁷.

Sin embargo, un vuelco total a la línea jurisprudencial se dio con algunas decisiones solitarias del Consejo de Estado, Sección Segunda–Sala de Con jueces¹⁸, en que de nuevo analizaron este asunto y determinaron –sin dar explicaciones fuertes del porque se apartaban de la línea jurisprudencial-, que la prescripción debía tomarse en su explicación más simple, es decir; contando solo tres (3) años, atrás, del inicio de la reclamación administrativa, y se interrumpe con la solicitud de reliquidación. Esto fue lo que dijo;

“...Pasa la Sala a estudiar la figura de la prescripción; ello hace entrar en línea de cuenta la siguiente pregunta: ¿desde qué fecha hay que reconocer y pagar los salarios y las prestaciones sociales que hubieren sido mal liquidados por concepto de la prima especial de servicios?

Al respecto hay tres posibles tesis, que se podrían denominar “tesis amplia” (desde 1993), “tesis intermedia” (aplicar la prescripción trienal a partir de la fecha de interrupción de la prescripción), y “tesis estricta” (a partir de la sentencia constitutiva que declare la nulidad). A continuación se explica la justificación y la viabilidad de cada una de estas tres tesis. Primero la justificación:

¹⁷ SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., abril veintiuno (21) de dos mil dieciséis (2016). SE 034 Radicado: 050012331000200301220 01 (0239-2014) Actor: Samuel Correa Quintero Demandado: Nación- Fiscalía General de la Nación.

¹⁸ SECCIÓN SEGUNDA, SALA DE CON JUECES. CON JUEZ PONENTE: NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO. Sentencia del Doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Referencia: Expediente N° 730012333000201200183 02 Número interno: 3546-201 Demandante: María Cecilia Arango Troncoso.

- **Tesis amplia:** los fallos de nulidad tienen efecto *ex tunc*, es decir, se asume que la norma anulada nunca existió, lo que se traduce en que hay que retrotraerse a la situación anterior a la expedición de la norma anulada. Si ello es así, la situación se remite al 1º de enero de 1993, fecha en que empezó a regir la Ley 4º de 1992, que introdujo la prima especial de servicios. Es una tesis muy favorable al trabajador, pues se traduce en 25 años de reliquidaciones a partir de hoy.
- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁹. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanen de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.
- **Tesis estricta:** hasta que no sea anulado o inaplicado el decreto que castiga la prima especial de servicios, él goza de presunción de legalidad y de ejecutoriedad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 1437 de 2011, de manera que la limitación salarial y prestacional que él introduce produce plenos efectos. Y es la respectiva sentencia que lo anule o inaplique la que hace exigible el derecho a que se reliquide los salarios y las prestaciones sociales de la manera más favorable al trabajador. Ahí, en la ejecutoria de esa sentencia, nace el derecho; por eso se habla de sentencias “constitutivas”. Entonces es desde ese momento que se tendría derecho a la reliquidación de las prestaciones sociales y salariales. Antes no. Y hacia futuro, solo a partir de ese día se podría hablar de morosidad, para efectos de contabilizar la futura prescripción trienal. El Consejo de Estado ha sostenido esta línea jurisprudencial por ejemplo en la sentencia de la Sección Segunda del 6 de marzo de 2008 (C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren) y del 16 de junio de 2016 (C.P.: Luis Rafael Vergara Quintero)²⁰.

¹⁹ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

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”.

²⁰ “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de

Segundo la viabilidad:

- **De la tesis amplia:** esta tesis no se acoge por varios motivos. Primero, porque es diferente el instituto de la nulidad del instituto de la exigibilidad del derecho. En efecto, la nulidad tiene efectos ex tunc, como se anotó; pero la exigibilidad del derecho exige tener un límite en el tiempo, porque la Constitución dispone en su artículo 28 que no puede haber cadena perpetua ni deudas imprescriptibles. Una deuda de hace 25 años (o más) no puede constituirse en una vena rota para el deudor. Piénsese por un momento en las multas de tránsito o en las sanciones a los morosos de la DIAN, en donde se cambian los papeles y el Estado pasa a ser acreedor: los ciudadanos tienen derecho a redimir sus acreencias y tienen derecho al olvido, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. En este caso lo contrario no es fiscalmente viable ni conceptualmente razonable. Segundo, la factura de cobro de la inactividad procesal del interesado no se le puede trasladar al Estado, de conformidad con el principio según el cual nadie puede alegar o beneficiarse de su propia culpa²¹. Si un actor se demora 15 o 20 años en demandar, como sí lo hicieron en forma oportuna otros trabajadores que se hallaban en una situación similar, él debe asumir el costo de su propia morosidad. Pero no el Estado. Y tercero, con las recientes jurisprudencias sobre prejudicialidad en laboral (cuando se ha debido demandar a la vez en acción de nulidad simple y de nulidad y restablecimiento del derecho), sobre el reconocimiento de solo dos años en caso de despido injusto y sobre el incidente de impacto fiscal en la Corte Constitucional, entre otras, la tendencia actual apunta a racionalizar por razones de equidad los reconocimientos económicos que se prolongan en el tiempo. Es una tendencia razonable y fiscalmente viable.
- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutiva. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.
- **De la tesis estricta:** esta tesis será dejada de lado porque ella fue aplicada por el Consejo de Estado a propósito de un tema diferente: el contrato realidad. Y como este caso es sobre la prima especial de servicios, que es distinto, no se puede extender la tesis

prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia”.

²¹ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en latín.

jurisprudencial al caso concreto. Por otra parte, es la tesis más desfavorable para los trabajadores.

(...) Tercero, la demandante tiene derecho a que se le pague la diferencia entre lo efectivamente recibido y lo dejado de percibir, desde el 14 de julio de 2008, o sea tres años atrás de la fecha en que solicitó el reajuste de sus prestaciones sociales y salariales, debido a la prescripción trienal. Por tanto, no tiene derecho a que se le reliquide desde el día 1° de enero de 1993, como lo indicó el fallo inicial, el cual será en este punto revocado.”

Sin embargo, el desconocimiento de esta decisión a lo dispuesto en la Sentencia C-634 de 2011 para que una autoridad judicial se aparte del precedente jurisprudencial, fue evidente, lo que generó más confusión que claridad frente al asunto;

“(...). 15. La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis.

Sin embargo, debe resaltarse que la opción en comento en ningún modo habilita a las autoridades judiciales para, en el ejercicio distorsionado de su autonomía, opten por desconocer el precedente, tanto de carácter vertical como horizontal, ante la identidad de supuestos jurídicos y fácticos relevantes, sin cumplir con los requisitos antes mencionados.”²²

Finalmente, fue la mencionada Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, la que cambia la línea jurisprudencial y fija una nueva posición frente a este fenómeno;

²² Sentencia C-634 de 24 de agosto de 2011 (paginas 33-34), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

“...ahora, en materia de acciones laborales ejercidas por empleados públicos y trabajadores oficiales, los artículos 41 y 102 de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, establecen²³: (i) que el término de prescripción es de tres (3) años, contados a partir de la exigibilidad del derecho alegado y; (ii) que la prescripción se interrumpe, por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad encargada de reconocer el derecho.

Lo anterior implica que la prescripción requiere, como elemento *sine qua non*, que el derecho sea exigible, puesto que a partir de que se causa dicha exigibilidad, inicia el conteo de los 3 años con los que cuenta el empleado o trabajador para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, término que será interrumpido solo con la presentación de un reclamo escrito del derecho ante la autoridad encargada de reconocerlo.

Y agrega;

En atención a lo anterior, en cada caso en concreto se debe establecer: (i) el momento en que el derecho se tornó exigible y (ii) el momento en que se interrumpió la prescripción, para, a partir de la última fecha (presentación del reclamo escrito), contar 3 años hacia atrás y reconocer como debido por pagar solo 3 años anteriores a la interrupción. (subrayas propias).

Aun así, sobre la prima especial creada por la Ley 4^a de 1992, muchas son las discusiones dadas respecto al momento a partir del cual debe iniciarse el conteo de la prescripción, por no tenerse claridad sobre la exigibilidad del derecho, pues que, en principio, este se causó con la vigencia de la norma que lo creó y, en adelante, con las liquidaciones a cada beneficiario bajo los parámetros fijados en los decretos que anualmente expidió el Gobierno para reglamentarla. No obstante, los correspondientes decretos expedidos entre los años 1993 y 2007 fueron declarados nulos –parcialmente-, mediante la sentencia de 29 de abril de 2014, dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. María Carolina Rodríguez Ruiz, porque, a juicio de la Corporación, «interpretaron erróneamente (...) la ley» y consagraron una liquidación en detrimento de los derechos laborales de los servidores públicos beneficiarios de esta.

²³ Decreto 3135 de 1968. Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo un lapso igual.

Decreto 1848 de 1969. Artículo 102.

1. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.

Lo anterior para concluir lo siguiente;

Es criterio de la Sala que, en el caso de la prima especial de servicios, la constitución del derecho ocurrió en el primero de los eventos previamente señalados, es decir, su exigibilidad se predica desde el momento de la entrada en vigencia de la Ley 4^a de 1992 que la creó y con la expedición del decreto que la reglamentó primigeniamente, esto es, el Decreto 57 de 1993”

Así las cosas, y sin necesidad de acudir a más discernimientos, la Sala de Conjurados acoge la última tesis propuesta por el Consejo de Estado en esta materia, en consecuencia, y aplicada al caso en concreto, se tiene que, el demandante realizó la reclamación de la prima especial de servicios el día **2 de mayo de 2017** como, se puede constatar a folios 30-34 del encuadrado, lo que indica que tiene un periodo de protección de tres (3) años hacia atrás contados desde esta fecha, es decir que la prescripción opera en los periodos anteriores al **2 de mayo de 2014**, estando cubiertos **NO PRESCRITOS** los periodos posteriores a esta fecha en los que el demandante haya ocupado el cargo de Juez de la Republica.

LA PRESCRIPCIÓN FRENTE A LOS APORTES A PENSION DE JUBILACIÓN

También se hace necesario analizar el fenómeno prescriptivo frente a los aportes pensionales, toda vez que como ya se dijo, la prima especial de servicios solo es factor salarial para efectos de los cálculos de los aportes a la pensión de jubilación y, además, porque sobre el periodo reclamado, al menos a lo que en valores impagos por concepto de prima que se reclama, frente a este tema ha dicho el Consejo de Estado;

*“[L]a prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado. Dicha regla jurisprudencial tiene fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; ii) el principio *in dubio pro operario*; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad. De igual forma, la sentencia de unificación en cita ordenó al Juez Administrativo estudiar en todos los procesos en los cuales proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Y, en consecuencia, precisó que la*

imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador. De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que al señor Joel Antonio Varela Rolong se le extinguió el derecho, por prescripción, a los emolumentos deprecados como son las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas, entre otros, a que habría lugar a reconocer y pagar entre el 1.º de diciembre de 2003 y el 30 de junio de 2009. Excepto en lo relacionado con los aportes a seguridad social en pensiones por tratarse de una prestación imprescriptible.”²⁴

De acuerdo con lo citado, debe la demandada reajustar el aporte a pensión de jubilación, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y sobre el 100% del salario básico y no del 70% como lo hizo y consignar al fondo de pensiones, las diferencias no pagadas durante, **desde el 1 de enero de 1993** y en adelante por todo el tiempo en que el demandante **AGUIRRE PALOMINO** se ha desempeñado como Juez de la Republica y consignarlas al fondo pensional elegido por este.

14. COSTAS.

Se dice que las costas se componen de las Costas procesales y de las Agencias en Derecho, entendida la primera como aquellos gastos procesales en que incurrió la parte demandante, para por así decirlo impulsar el proceso y las segundas son los honorarios por el trabajo realizado por el apoderado del demandante, sin embargo, para fijar las agencias en derecho, el Consejo Superior de la Judicatura emitió el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

²⁴ Sentencia de 4 de noviembre de 2021, C.P. Dr. William Hernández Gómez, Sección Segunda-Subsección A, Consejo de Estado, radicado 08001-23-33-000-2013-00763-01(1309-15), demandante Joel Antonio Varela Rolong Vrs Unidad Nacional de Protección (sucesora del DAS).

Ahora bien, no existe prueba en el expediente de los gastos en que pudo incurrir la parte demandante en el envío de los traslados de la demanda, por lo que no se emitirá condena en este sentido.

Al respecto de las agencias en derecho y conforme el nº 1 del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016;

“...ARTÍCULO 5º Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son:

1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

(...).

En primera instancia.

a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:

(i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

(...)...”

Ahora bien, el artículo 25 del C.G.P., frente a las cuantías dice:

“Artículo 25. Cuantía. Cuando la competencia se determine por la cuantía, los procesos son de mayor, de menor y de mínima cuantía.

Son de mínima cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que no excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv).

Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv).

(...).”

Respecto a este tema la misma sentencia de unificación se pronunció;

“...Finalmente, respecto de las costas procesales ordenadas por el a quo la Sala procederá a su revocatoria, de conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado²⁵, en cuanto a que si bien la Ley 1437 de 2011 no señala expresamente la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas «teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes», la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio. Su carga debe entenderse como el resultado de observar conductas temerarias, de mala fe y de la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas, que deberán ser ponderadas por el juez.”

De acuerdo con lo anterior al no avizorarse mala fe o maniobras dilatorias por la parte vencida, la Sala de Con jueces considera que no hay lugar a emitir condena en costas-agencias en derecho.

15. CONCLUSIONES

- a)** A la luz del artículo 14 de la Ley 4 de 1992 la prima especial de servicios fue creada como beneficio para los Jueces de la República y dado que esta probado en el expediente que el **Dr. DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** viene ocupando este mismo cargo, es claro que tiene derecho al reconocimiento y pago de esta prima y, por ende; se declarará la nulidad de los actos administrativos acusados.
- b)** Conforme lo dispuso la sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º -Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos la prima especial de servicios **SOLO** es factor salarial para efectos de los aportes a salud y pensión y dado, que estos últimos no prescriben, debe la demandada, reliquidar los aportes a pensión que bajo su cargo de Juez de la República desde que comenzó a surtir efectos fiscales la Ley 4^a de 1992 y en adelante, por todos los periodos en

²⁵ Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, medio de control nº 47001233300020120001301 (1755-2013), C.P. Sandra Lisseth Ibarra Vélez « (...) La norma contenida en el artículo 188 no impone al funcionario judicial la obligación de conceder las costas, solo le da la posibilidad de “disponer”, es, de pronunciarse sobre su procedencia.

La mencionada sentencia preciso que si bien es cierto la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes”, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancia y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...».

que ha ejercido esta dignidad y, consignar al fondo elegido por este, las diferencias. Por lo demás, se negarán las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la prima como factor salarial frente a las demás prestaciones sociales.

- c) No hay lugar ha emitir condena en costas de ninguna clase.
- d) Las sumas dinerarias que serán liquidadas en favor del señor **DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO**, siendo ajustados sus los valores en los términos del artículo 178 del CPACA, utilizando la siguiente fórmula:

$$R: Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{Indice inicial}}$$

- e). Según la cual el valor presente se determina multiplicando el valor histórico (Rh), Qué 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 está sentencia por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió efectuarse el pago). Los intereses serán reconocidos en la forma señalada en el numeral 4º del artículo 195 del CPACA.
- f). Por tratarse de pagos de trato sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, para cada reliquidación prestacional.
- g). Las sumas de las que se ordena su pago, deberán reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA

En mérito de lo expuesto, la Sala de Con jueces del Tribunal Administrativo de Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

16. FALLA

PRIMERO: ACOGER íntegramente la *Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Con jueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos*, y en consecuencia;

SEGUNDO: Declárese **NO PROBADAS** las excepciones *integración de la Litis consorcio necesaria e, innominada* y declárese la nulidad de los siguientes actos administrativos:

- ✓ *Resolución DESAJMAR17-475 de 22 de mayo de 2022*
- ✓ *Acto administrativo ficto presunto negativo.*

TERCERO: Declarar **PROBADA** parcialmente la excepción de *prescripción* frente a los periodos anteriores al *2 de mayo de 2014*, conforme las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: **ORDENAR** a la **NACION-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-RAMA JUDICIAL** pagar al demandante **DARIO ALONSO AGUIRRE PALOMINO** la prima especial de servicios, causada *desde el 2 de mayo de 2014 y hasta la ejecutoria de esta sentencia o el retiro del cargo de Juez de la Republica del demandante, lo que ocurra primero*, equivalente al 30% de su salario básico, sin que le sea descontado del 100% de este.

QUINTO: DECLARAR que la prima especial de servicios que se reclama, solo constituye **FACTOR SALARIAL** respecto a la pensión de jubilación y, en consecuencia; se **ORDENA** a la demandada reliquidar los aportes a pensión realizados para el periodo comprendido entre el *1 de enero de 1993 2014 y hasta la ejecutoria de esta sentencia o el retiro del cargo de Juez de la Republica del demandante, lo que ocurra primero*, teniendo en cuenta la prima especial de servicios como factor salarial y tomando como base el 100% del salario base devengado y no el 70% como se hizo y consignarlos al fondo de pensiones.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones.

SEPTIMO: Las sumas de las que se ordena su pago, deberán reglarse por los artículos 189 y 192 del CPACA

OCTAVO: Sin necesidad de auto que lo ordene, ejecutoriada esta sentencia y a petición de parte interesada, emitir **COPIAS AUTÉNTICAS**. Por **SECRETARIA** hacer las anotaciones en la base de datos **SIGLO XXI**.

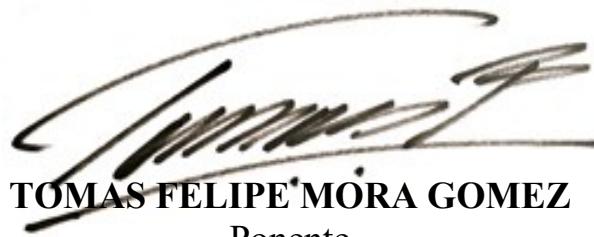
NOVENO: Evacuadas todas las etapas procesales y una vez este ejecutoriada la última providencia emitida, **ARCHIVESE** las diligencias.

DECIMO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación conforme el artículo 243 del CPACA.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** del 5 de septiembre de 2023.

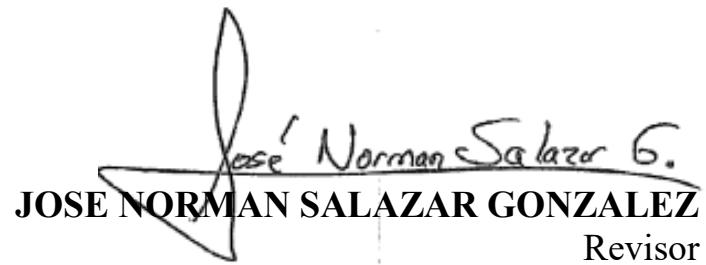
Los Con jueces;



TOMAS FELIPE MORA GOMEZ
Ponente



JOSE MAURICIO BALDWIN ALZATE
Revisor



JOSE NORMAN SALAZAR GONZALEZ
Revisor

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, cinco (05) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Interlocutorio.178

Asunto: **Admisión de Demanda**
Radicado: 17001-23-33-2023-00117-00
Medio de control: Nulidad
Demandante: Sociedad Susuerte S.A.
Demandados: Municipio de Manzanares – Concejo Municipal de Manzanares

Antecedentes

Por auto del 31 de julio del 2023, se ordenó la corrección de la demanda conforme lo prevé el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011, con el fin de allegar el poder que lo acredita como apoderado judicial.

La parte actora allegó escrito de corrección de la demanda, dentro del término establecido para ello, conforme a la constancia secretarial. La parte actora señaló que la representación de la sociedad la realiza en calidad de representante judicial debidamente inscrita en el certificado de existencia y representación legal, la cual se encuentra aportada con los anexos de la demanda.

Por ello, el Tribunal encuentra procedente admitir la demanda, por cuanto fueron satisfechos los presupuestos y requisitos que se requieren para su presentación en el marco de la Ley 1437 de 2011.

En razón de lo expuesto,

1. **ADMITIR** la demanda bajo el medio de control de Nulidad promovido por la Sociedad Susuerte S.A. en contra del Municipio de Manzanares – Concejo Municipal de Manzanares
1. **Notifíquese** personalmente al Alcalde o quien haga sus veces del Municipio de Manzanares, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. Para el efecto, envíese por Secretaría copia digital de la presente providencia y de la demanda.
2. **Notifíquese** personalmente al presidente del Concejo Municipal de Manzanares o quien haga sus veces, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. Para el efecto, envíese por Secretaría copia digital de la presente providencia y de la demanda
3. **Notifíquese** personalmente al Agente del Ministerio Público, Procurador Delegado ante esta Corporación, a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, conforme lo dispone el artículo 199 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021 y el Decreto 806 de 2020. Para el efecto, envíese por Secretaría copia digital de la presente providencia y de la demanda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

4. **OTÓRGUESE** el término de treinta (30) días, contados a partir del vencimiento del término contenido en el artículo 199 del C.P.C.A., modificado por el modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, para que la parte demandada, el Ministerio Público, y los sujetos que tengan interés directo en las resultas del proceso, contesten la demanda, propongan excepciones, soliciten pruebas, llamen en garantía y/o presenten demanda de reconvención.
5. Se reconoce personería para actuar al doctor Juan Fernando González portador de la tarjeta profesional número 47.148 del CS de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Publio Martín Andrés Patiño Mejía". Below the signature, the name is printed in a smaller, bold, sans-serif font: "PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA".

Magistrado

<p>TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS</p> <p><u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u></p> <p>No.</p> <p>FECHA: 06/09/2023</p> <p>Secretario</p>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES
José Nicolas Castaño García
Conjuez Ponente**

A.I. 374

Asunto:	Asume Conocimiento, Admite Recurso.
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-39-008-2018-00263-03
Demandante:	Diana Clemencia Franco Rivera.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Manizales, cinco (5) de septiembre del año dos mil veintitrés (2023).

El presente proceso fue objeto de reparto inicialmente a la Dra Yorly Xiomara Gamboa Castaño, desde el día 21 de Noviembre del 2022, quien al presentar la renuncia a su cargo de Conjuez desde el mes de Enero de 2023, para ejercer el cargo de Juez Administrativa Transitoria, este expediente ingreso nuevamente a reparto, correspondiendo su trámite al suscrito, Doctor José Nicolas Castaño García.

De acuerdo con el mandato conferido por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, contenida en el acta de sorteo de conjueces del día 30 Junio de 2023, que me ordena conocer, tramitar y decidir este proceso, por lo tanto, **AVOCO** su conocimiento.

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que fue presentado dentro del término oportuno, fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión y se concedió el recurso de apelación mediante providencia del día 12 de Agosto de 2021, según lo dispuesto artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021.

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA, **ADMITASE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 21 de Julio de 2021, por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia.

Vencido el término de ejecutoria de la admisión del recurso, y en caso de que no exista solicitud de pruebas por practicar en segunda instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 numeral 5 del CPACA, modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021, **INGRÉSESE** el expediente al despacho para dictar sentencia.

ADVIERTASE al Ministerio Público que podrá emitir concepto desde la expedición de la presente providencia que admite el recurso de apelación presentado y hasta antes de que se ingrese el proceso al Despacho para dictar sentencia, en los términos del numeral 6 de la Ley 2080 de 2021.

NOTIFIQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público a través de la dirección electrónica correspondiente, por estado electrónico a las demás partes, en los términos previstos en los artículos 197, 198 y 201 del CPACA.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA

Conjuez

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

El suscrito Secretario certifica que la anterior providencia se notifica a la(s) parte(s) por anotación el Estado Electrónico nº. 155 del 6 de Septiembre de 2023.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas".

VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS
Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Publio Martín Andrés Patiño Mejía

Manizales, cinco (05) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Auto Interlocutorio. 179

Asunto: **Traslado medida**
Radicado: 17001-23-33-2023-00117-00
Medio de control: Nulidad
Demandante: Sociedad Susuerte S.A.
Demandados: Municipio de Manzanares – Concejo Municipal de Manzanares

En el escrito de la demanda y su corrección la parte actora solicitó decretar como medida cautelar la suspensión provisionalmente los efectos de la expresión. “ACTIVIDADES DE APUESTAS PERMANENTES”, contenido en el ARTÍCULO SEXTO del Acuerdo No. 025 del 29 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Manzanares, Caldas, en el cual se establecen las TARIFAS DEL IMPUESTO DE ALUMBRADO PÚBLICO PARA EMPRESAS QUE REALIZAN ACTIVIDADES ECONÓMICAS ESPECÍFICAS (AEE);

En consecuencia, la suspensión provisional de la tarifa diferencial de 0,75 SMMLV asignada en el mismo cuadro a las ACTIVIDADES DE APUESTAS PERMANENTES.

En este sentido, se dará aplicación al trámite ordinario de las medidas cautelares el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.”

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

En este caso, la demanda no señala especiales condiciones de urgencia para que se decrete de plano la medida cautelar, por lo que se dispondrá del traslado de la solicitud de la cautela a los demandados.

Por lo anterior, la sala sexta unitaria de decisión del Tribunal Administrativo de Caldas,

Resuelve

Primero: Dar traslado de la solicitud de la medida cautelar solicitada por el demandante, a los demandados Municipio de Manzanares – Concejo Municipal de Manzanares, para que se pronuncien acerca de la misma en el término de cinco (05) días.

Segundo: Notifíquese al Municipio de Manzanares y Concejo Municipal de Manzanares Caldas

Tercero: Disponer que el demandante también remita copia de la demanda, el auto inadmisorio, sus anexos y la subsanación a los demandados.

Notifíquese y Cúmplase



PASCUAL MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS <u>NOTIFICACIÓN POR ESTADO</u> No. FECHA: 06/09/2023 SECRETARIO(a)
