

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

RADICADO	17-001-23-33-000-2023-00250-00
MEDIO DE CONTROL	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE	JUAN JACOBO HERNÁNDEZ TORO
DEMANDADO	ACTO DE ELECCIÓN DE LOS SEÑORES JORGE HERNÁN AGUIRRE GONZÁLEZ, OSCAR ALONSO VARGAS JARAMILLO Y HERNÁN ALBERTO BEDOYA CADAVID

Ingresa el proceso de la referencia a despacho para pronunciarse sobre su admisión.

Sin embargo, previo a ello, es necesario determinar la posibilidad de dar previamente traslado a los demandados de la petición de la medida cautelar, al no existir uniformidad sobre tal tópico.

El inciso final del artículo 277 del CPACA establece, frente al auto admisorio de la demanda, que “*En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, **se resolverá en el mismo auto admisorio**, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección (...)*”, y el artículo 276 *ibídem*, dispone sobre la demanda que “***se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes***”, al día de reparto.

Se desprende de lo anterior, en un comienzo, que si sobre la admisión de la demanda se debe decidir dentro de los 3 días siguientes al reparto, y la suspensión provisional debe resolverse en el mismo auto que admite el libelo demandador, pareciera que la norma no da espacio a hacer traslado alguno de la solicitud de la medida cautelar al accionado, el cual sí autoriza el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011 en los procesos ordinarios.

Frente a este tema, el Consejo de Estado inicialmente dejaba en manos del juez acudir a una u otra situación jurídica (traslado o no de la petición de medida cautelar), señalando que el trámite de traslado previo de la solicitud no resultaba

imperativo, sino que era potestad del juez acoger o no dicha formalidad en los juicios de nulidad electoral. Así se determinó en auto del 2 de agosto de 2018, dentro del expediente con radicación 13001-23-33-000-2018-00394-01:

4.1 El traslado de la medida cautelar en los procesos electorales

(...)

Como puede observarse, a diferencia del proceso ordinario, el legislador no previó, al menos no de manera explícita, que en los procesos electorales debiera correrse traslado de los fundamentos de la medida cautelar a la parte contraria, toda vez que la norma se limita a definir la competencia para proferir la decisión y regular lo relacionado con el recurso procedente. Por ello podría concluirse, en principio, que dicho trámite está proscrito de los procesos electorales.

No obstante, no puede perderse de vista que las normas especiales del proceso electoral en su artículo 296 del CPACA también ordenaron que: “En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral”.

De hecho, del análisis de esta disposición, podría arribarse a la conclusión totalmente contraria, esto es, que el traslado de la medida cautelar sí es posible en los procesos electorales, debido a que aquella es plenamente compatible con su naturaleza.

Bajo esta disyuntiva fueron dos las posiciones que se acuñaron en el órgano de cierre en materia electoral, una que abogaba por interpretar exegéticamente el artículo 277 del CPACA y, por ende, sostenía que no era posible dar traslado de la medida cautelar y otra que propendía por dar aplicación al artículo 233 ibídem, toda vez que esté (sic) en nada riñe con la naturaleza del medio de control previsto en el artículo 139 ejusdem. De lo anterior dan cuenta las providencias proferidas en los años 2012 a 2014 y sus respectivas aclaraciones de voto en las que se defendía una u otra posición¹.

*Sin embargo, en la actualidad la Sección Quinta entiende que dicho trámite **no es obligatorio, ni imperioso** y que, por consiguiente, corresponde a cada autoridad judicial decidir si da aplicación al artículo 233 del CPACA cuando le corresponda resolver sobre una medida cautelar solicitada*

¹ Al respecto consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto, radicación 2013-00021 CP. Susana Buitrago Valencia y aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 14 de julio de 2014 radicación 11001-03-28-000-2014-00039-00 CP. Susana Buitrago Castro y aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro.

en un proceso electoral o, si por el contrario, resuelve de plano esta solicitud².

De manera posterior, el Máximo Tribunal Administrativo adoptó la siguiente regla de unificación en fallo de 26 de noviembre de 2020, en el proceso con radicado 44001-23-33-000-2020-00022-01:

PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar, de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

De conformidad con lo expuesto, considera este despacho que es más garantista para los demandados tener el traslado para que puedan pronunciarse sobre las argumentaciones de la medida cautelar, y así pueda el juez también analizar la posición jurídica de la contraparte al resolver la solicitud, lo cual además materializa los derechos de defensa y a un debido proceso, y no riñe en modo alguno con el ordenamiento jurídico; por el contrario, satisface el ámbito de garantías dentro del Estado Social y democrático de derecho por los intereses que se hallan en juego en estos trámite judiciales; incluso se garantiza la igualdad de las partes en la actuación procesal conforme al artículo 13 constitucional, en armonía con los preceptos 103 de la Ley 1437 de 2011 y 4º del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

De conformidad con lo anterior, el artículo 233 del CPACA establece “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.”

Sin embargo, se deben conciliar los artículos 277 (inciso final), 276 (emisión auto admisorio en proceso electoral) y 233 (traslado de la solicitud de la medida cautelar) de la Ley 1437 de 2011.

² Salvo que se trate de una medida cautelar de urgencia, evento en el que no es posible dar traslado a la parte contraria de los fundamentos de la medida cautelar. Sobre el punto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00048-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

Considera el despacho que en aplicación del artículo 228 de la Constitución Política, el cual da prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, lo pertinente es que la solicitud de suspensión provisional se resuelva en el mismo auto admisorio de la demanda electoral, el cual deberá dictarse dentro de los tres (3) días siguientes al vencimiento del traslado de aquella al demandado (artículos 276 y 277 CPACA), y en el que se adoptarán las demás medidas a que haya lugar en los términos del artículo 277 *ibídem*.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS,**

RESUELVE

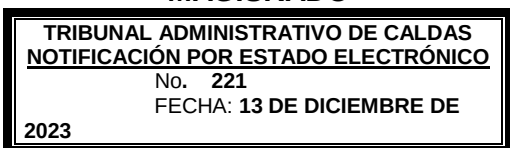
PRIMERO: CÓRRASE TRASLADO por el término de cinco (5) días, a los señores **JORGE HERNÁN AGUIRRE GONZÁLEZ, OSCAR ALONSO VARGAS JARAMILLO Y HERNÁN ALBERTO BEDOYA CADAVID, ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE**, de la solicitud de suspensión provisional de los actos demandados para que se pronuncien sobre ella.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE personalmente este proveído a los accionados.

TERCERO: Vencido dicho término, **PASE INMEDIATAMENTE** el expediente a despacho, para continuar con su trámite.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO**



Firmado Por:
Carlos Manuel Zapata Jaimes

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División 1 De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **ecee1146dad04466ac30dda267a268fc5ae3522820bfaf7e3370ae018b51eb3e**

Documento generado en 12/12/2023 08:37:18 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
MAGISTRADO PONENTE: CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES**

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Procede el Despacho Uno del Tribunal Administrativo de Caldas, conforme lo consagrado en el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, a decidir sobre la admisión de la demanda que en ejercicio del medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** regulado en el artículo 138 *ibídem*, presentó **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CIA S.A CASA LUKER S.A** contra **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - DIAN**.

Por reunir los requisitos de ley, admítase el proceso de la referencia. En consecuencia, por la Secretaría de la Corporación:

- 1. NOTIFÍQUESE** personalmente en la forma y en los términos indicados en el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021, a **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** al correo electrónico notificacionesjudicialesdian@dian.gov.co; y al **MINISTERIO PÚBLICO** al buzón del correo electrónico que repose en los archivos de la corporación.
- 2. CÓRRASE** traslado de la demanda a **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** y al **MINISTERIO PÚBLICO** por el término de treinta (30) días de conformidad con lo dispuesto en el artículo 172 del CPACA, plazo que **EMPEZARÁ A CORRER TRANSCURRIDOS DOS (2) DÍAS** de enviado el mensaje de datos de notificación, conforme lo establece el artículo 199 del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.
- 3. PREVÉNGASE** a **LA DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN** para que con la contestación de la demanda dé cumplimiento al parágrafo 1º del artículo 175 del CPACA y allegue copia de todos los antecedentes administrativos de los actos demandados, so pena de que el funcionario encargado incurra en falta disciplinaria gravísima.
- 4.** Se reconoce personería para actuar y en nombre y representación de **SUCESORES DE JOSÉ JESÚS RESTREPO Y CIA S.A CASA LUKER S.A** a la abogada **NANCY VALENTÍN MALAGÓN** portadora de la tarjeta profesional nro. 138.766 del CSJ, y a la abogada

CAROLINA QUIJANO ÁLVAREZ, portadora de la tarjeta profesional 130.219 del CSJ, de conformidad con el poder a ellas conferido, según los documentos que reposan en los archivos 04 y 05 del expediente digital.

5. Para efectos de que las partes alleguen la contestación de la demanda, nuevos poderes, memoriales y solicitudes se les informa que el correo habilitado para ello es sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a dirección distinta, se entenderá por no presentado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
MAGISTRADO

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
NOTIFICACIÓN POR ESTADO ELECTRÓNICO
No. 221
FECHA: 13 DE DICIEMBRE DE
2023

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **6b43c9c330139fe42a18cae16a9922b3ca3ee3f73fadc4af03978fef295f3bba**

Documento generado en 12/12/2023 08:35:52 AM

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



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
-Sala de Decisión-

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

S. 237

Asunto:	Sentencia de única instancia
Acción:	Validez de Acuerdo Municipal
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00215-00
Accionante:	Sandra Milena Ramírez Vasco (Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas)
Accionado:	Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, emanado del Concejo Municipal de Manizales, Caldas.

Aprobado en Sala Ordinaria de Decisión, según consta en Acta nº 069 del once (11) de diciembre de 2023

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

ASUNTO

De conformidad con lo previsto por los artículos 119 y 121 –numeral 3– del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), en concordancia con el numeral 4 del artículo 151 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, corresponde a esta Sala de Decisión, en sede de única instancia, pronunciarse sobre la validez del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, emanado del Concejo Municipal de Manizales, Caldas, por solicitud impetrada por la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, y en uso de la facultad prevista en el numeral 10 del artículo 305 de la Carta Política y los artículos 119 y 120 del Decreto 1333 de 1986.

ANTECEDENTES

La solicitud de invalidez

El 25 de octubre de 2023, a través de escrito que obra en medio digital, la Secretaria Jurídica del Departamento de Caldas, en virtud de la delegación efectuada por el señor Gobernador del Departamento de Caldas, radicó demanda ante este Tribunal impugnando la validez del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, *“Por medio del cual se autoriza al señor Alcalde municipal*

para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo 'Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023', emanado del Concejo Municipal de Manzanares, Caldas.

Expresó que hay prohibición expresa al ejecutivo municipal de celebrar de forma general contratos y convenios interadministrativos con entidades del orden nacional, departamental y municipal, y de cualquier nivel, estando dentro del término de la Ley de garantías, conforme al parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005 que expresa que los alcaldes municipales dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo.

Indicó que para la expedición del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, el Concejo de Manzanares no tuvo en cuenta que dicha Corporación está entregando facultades generales al ejecutivo para la celebración de toda clase de contratos con personas jurídicas, en cuya generalidad están comprendidas las entidades estatales que según su naturaleza son también personas de derecho público.

Mencionó que el acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023 no tuvo en cuenta lo dispuesto en los artículos 313, numerales 3 y 5, y 315 numerales 6 y 9 de la Constitución Política de Colombia, así como tampoco lo dispuesto en el artículo 18 numeral 3 de la Ley 1551 de 2012.

Refirió que al concederse facultades al ejecutivo municipal para celebrar de forma general contratos con personas jurídicas también incluye a las de derecho público de distintos órdenes en el periodo comprendido entre el 29 de septiembre de 2023 y el 29 de octubre del mismo año.

Explicó que el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en providencia del 13 de diciembre de 2022, se refirió a la naturaleza de los contratos y convenios interadministrativos.

Afirmó que el 11 de julio del presente año la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas remitió a esta Corporación para estudio de validez un Acuerdo similar al presente, el cual fue declarado invalido en providencia n°217 del 15 de septiembre de 2023 con ponencia del Magistrado Dohor Edwin Varón Vivas.

Municipio de Manzanares

La entidad territorial municipal aceptó como ciertos algunos hechos de la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma.

Precisó en relación con la invalidez del Acuerdo que fue declarada en la Sala tercera de decisión de esta Corporación, que en ese acto administrativo se trataba de la celebración de “convenios interadministrativos” mientras que en el actual Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023 no se habla de convenios de ninguna naturaleza, sino de contratos con personas naturales y jurídicas, figura que no está prohibida con la ley de garantías electorales.

Propuso las excepciones que denominó:

“VALIDEZ DEL ACUERDO 019 DEL 28 DE SEPTIEMBRE DE 2023”, con fundamento en que la interpretación de la entidad demandante es exagerada y desborda el sentido de la ley de garantías, pues la misma no impide que los funcionarios con competencia para ordenar gasto como es el caso de los alcaldes, tengan facultades para poder “contratar” con personas naturales o jurídicas, pues la intención de aquella norma es prohibir la celebración de los *“convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ...”*.

Expresó que dentro del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023 no se autorizó por el concejo municipal la celebración de “convenios” de ninguna naturaleza, sólo la celebración de contratos que hacen parte del rumbo normal de la administración municipal en cumplimiento.

“IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CONSTITUCIONAL”, expresando que la Corte Constitucional en sentencia C-869 de 1999, precisó que el control de validez, que es preventivo, “se efectúa para garantizar el respeto a la Constitución y a la ley” y que la acción de nulidad persigue la tutela del ordenamiento jurídico en abstracto. Precisó que el control de constitucionalidad consagrado en el artículo 305 de la Constitución Política tiene un carácter netamente preventivo, en tanto su procedencia se encuentra atada a que la acción sea ejercida o instaurada antes de la entrada en vigor del acuerdo Municipal, con el objeto de evitar la producción de efectos nocivos, de encontrarse que el acto administrativo es contrario a la Constitución y a la Ley.

“EXCEPCIÓN GENÉRICA DE DECLARATORIA OFICIOSA”, indicando que en el inciso primero del artículo 282 de la Ley 1564 del 2012, fue concedida una competencia por el legislador a los jueces para que en el evento que, durante el desarrollo del proceso, la realidad probatoria permita colegir la cristalización de una excepción que aniquile la validez de las pretensiones, el juzgado pueda declararlas de forma oficiosa.

Concepto Ministerio Público

El señor Procurador Judicial no emitió concepto en el presente asunto.

TRÁMITE PROCESAL

El expediente fue repartido a este Tribunal el 25 de octubre de 2023 y allegado al Despacho del Magistrado Ponente en la misma fecha.

El 27 de octubre de 2023 la solicitud de validez fue admitida, ordenando su fijación en lista y la notificación personal al Ministerio Público (archivo 004).

Dentro del término de fijación en lista, intervino el Municipio de Manzanares.

En providencia del 28 de noviembre de 2023 el Despacho Sustanciador decretó pruebas (archivo 12). Finalmente, según constancia secretarial del 7 de diciembre de 2023, el trámite pasó a Despacho para resolver lo pertinente (archivo 12).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para pronunciarse en el presente asunto son necesarias las siguientes consideraciones:

1.- Competencia

La revisión de la validez de un Acuerdo Municipal por su oposición a la Constitución o a la ley, comporta un trámite judicial que tiene como génesis la potestad conferida por el numeral 10 del artículo 305 de la Carta Política al Gobernador del Departamento correspondiente, y que se encuentra regulado por los artículos 117 a 121 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), los cuales disponen lo siguiente:

***ARTICULO 117.** Dentro de los tres (3) días siguientes al de la sanción, el alcalde enviará copia del acuerdo al Gobernador del Departamento para su revisión jurídica. La revisión aquí ordenada no suspende los efectos de los acuerdos.*

***ARTICULO 118.** Son atribuciones del Gobernador:*

8a. Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez (Artículo 194, ordinal 8o., de la Constitución Política).

ARTICULO 119. *Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez.*

ARTICULO 120. *El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso.*

ARTICULO 121. *Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:*

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

Por su parte, el numeral 5 del artículo 151 del CPACA establece la competencia en única instancia de los Tribunales Administrativos para conocer de las observaciones que los gobernadores formulen acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales.

Con la modificación que la Ley 2080 de 2021 introdujo al artículo 151 del CPACA, la competencia mencionada quedó establecida en el numeral 2 de dicha disposición (art.151).

Así entonces, vista la competencia asignada a esta Corporación para conocer en única instancia de la presente controversia, establecido el marco legal para su admisión, trámite y decisión, y toda vez que la solicitud de revisión fue

presentada por el Departamento de Caldas dentro de los 20 días que contempla la norma (el Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023 fue radicado vía correo electrónico en la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas el sábado 30 de septiembre de 2023 y la solicitud de revisión fue presentada ante este Tribunal el 25 de octubre de 2023), procede el Tribunal a decidir el presente asunto.

2.- Problema jurídico

El problema que se debe resolver en el *sub examine* se centra en dilucidar las dos siguientes cuestiones:

¿Cómo debe ser interpretado el artículo primero del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023¹, expedido por el Concejo Municipal de Manzanares, Caldas, en relación con los sujetos jurídicos con los cuales se autoriza al alcalde de esa entidad territorial para celebrar contratos?

¿Es contrario a la Constitución Política y a la ley el Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023², expedido por el Concejo Municipal de Manzanares, Caldas, por vulnerar el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 en tanto otorgó facultades al alcalde de ese municipio para celebrar contratos con personas naturales y jurídicas de derecho privado durante la época de vigencia de las restricciones establecidas en la ley de garantías?

3.- El acuerdo sometido a análisis de validez

El 28 de septiembre de 2023 el Concejo Municipal de Manzanares, Caldas, expidió el Acuerdo nº 019, *“Por medio del cual se autoriza al señor Alcalde municipal para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo ‘Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023’”*, el cual fue sancionado por el Alcalde de la entidad territorial el 29 de septiembre de 2023, y cuyo texto en la parte resolutive es del siguiente tenor:

“ARTICULO PRIMERO: Autorícese de forma general al Señor Alcalde del Municipio de Manzanares caldas (sic) conforme a las normas legales vigentes y con cargo a las apropiaciones presupuestales de cada vigencia fiscal, para que celebre los contratos, con personas naturales y jurídicas, entidades sin ánimo

¹ *“Por medio del cual se autoriza al señor Alcalde municipal para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo ‘Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023’”*

² *“Por medio del cual se autoriza al señor Alcalde municipal para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo ‘Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023’”*

de lucro entidades y/o asociaciones de derecho privado y demás que según su naturaleza de conformidad con los requerimientos de la Constitución Nacional en sus artículos 311, 313, y 315, ley 80 de 1993 y demás normas concordantes.

ARTÍCULO SEGUNDO: Las autorizaciones aquí estipuladas serán desde la fecha de su sanción y publicación y hasta treinta y uno (31) de diciembre de 2023, previa publicación por parte del ejecutivo”.

El proyecto fue aprobado en dos debates llevados a cabo los días 20 y 28 de septiembre de 2023 (página 29, archivo 002).

4.- Marco Normativo

Respecto de las funciones de los concejos municipales los numerales 3 y 5 del artículo 313 de la Constitución Política disponen:

ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)

3. Autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo.

(...)

Por su parte, el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 18 de la Ley 1551 de 2012, establece:

“ARTÍCULO 32. ATRIBUCIONES. Además de las funciones que se le señalan en la Constitución y la ley, son atribuciones de los concejos las siguientes.

(...)

3. Reglamentar la autorización al alcalde para contratar, señalando los casos en que requiere autorización previa del Concejo”.

La Ley 996 de 2005³, cuya expedición tuvo como objeto: “Definir el marco legal dentro del cual debe desarrollarse el debate electoral a la Presidencia de la República, o cuando el Presidente de la República en ejercicio aspire a la reelección, o el Vicepresidente de la República aspire a la elección presidencial, garantizando la igualdad de condiciones para los candidatos

³ Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

que reúnan los requisitos de ley”, estableció en el artículo 1°, dentro de sus objetivos el siguiente:

i) garantizar la igualdad y equidad entre los candidatos que aspiran a ocupar cargos de elección popular, ii) evitar que la voluntad de los electores sea influenciada por la acción u omisión de los servidores públicos, iii) asegurar la objetividad y transparencia en las decisiones administrativas, iv) impedir que el empleo público se utilice para obtener votos de los servidores o sus allegados, v) proteger al empleado que tiene una inclinación política distinta al nominador, y vi) imposibilitar que las vinculaciones al Estado se utilicen como un mecanismo para buscar favores políticos durante las contiendas electorales.

En esa perspectiva, el párrafo del artículo 38 de la normativa en cita, dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS. A los empleados del Estado les está prohibido:

(...)

PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, **dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.**”(Negrilla de la Sala)

La Corte Constitucional en sentencia C-1153 de 2005, analizó la prohibición referida, señalando que: *“todas las limitaciones previstas en el artículo 38 están claramente encaminadas a garantizar los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución, en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones”*.

De otra parte, se recuerda que un contrato interadministrativo es aquel negocio jurídico celebrado entre dos entidades públicas, *“mediante el cual una de las dos partes se obliga para con la otra a una prestación (suministro de un bien, realización de una obra o prestación de un servicio), por la que, una vez cumplida, obtendrá una remuneración o precio”*.⁴

⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 26 de julio de 2016. Número Único: 11001-03-06-000-2015-00102-00 (2257)

Sobre el convenio interadministrativo, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“La nota distintiva de los convenios interadministrativos la constituye la concurrencia de dos o más entidades estatales para la realización de fines comunes a ambas partes, respecto de los cuales, cada entidad está interesada u obligada desde sus propias funciones o atribuciones legales.

Se da en el marco de un ánimo de cooperación entre organismos o entidades públicas con funciones interrelacionadas o complementarias.

(...)

En síntesis, los convenios interadministrativos son mecanismos de gestión conjunta de competencias administrativas que se instrumentan a través de acuerdos celebrados entre dos o más entidades públicas, en los cuales las contrayentes aúnan esfuerzos para el logro de los fines de la Administración regidos por los principios de coordinación y cooperación (...).⁵

De lo anterior se desprende que para la celebración de un contrato o convenio interadministrativo, necesariamente deben intervenir *dos o más entidades estatales o públicas*.

Ahora, sobre el aspecto patrimonial o económico de los convenios interadministrativos, el Consejo de Estado en la última providencia citada, señaló:

“Desde luego, en los convenios interadministrativos propiamente dichos es posible que cada entidad incurra en costos y gastos para cumplir sus funciones y los compromisos adquiridos para con la otra, razón por la cual bien pueden comprender la asunción de aportes económicos o financieros, pero sin que su objeto esencial lo constituyan prestaciones propias de los contratos interadministrativos o el pago de un precio o una remuneración.

(...)

Así, es viable distinguir entre «convenios interadministrativos» de contenido patrimonial, y otros, que si bien implican obligaciones y responsabilidades para los intervinientes, no tienen un interés puramente económico (es decir, no están destinados a obtener una ganancia), pues giran en torno a la articulación, a la cooperación, a la complementariedad de las funciones de las entidades que participan en el acuerdo de voluntades, mediante el intercambio de información, el apoyo logístico, la facilitación de infraestructuras, etc., para mejorar la eficiencia de la gestión pública, así como la utilización conjunta de medios y

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 13 de diciembre de 2022. Número Único: 11001-03-06-000-2022-00250-00 (2489)

servicios públicos en el ámbito de los principios constitucionales de economía, celeridad y eficacia para el logro del bien común”. (Destaca la Sala)

En relación con esta materia, el Magistrado ponente de esta decisión, en el marco del proceso de validez que se menciona en el hecho siete de la demanda⁶, presentó aclaración de voto en los siguientes términos.

*“(…) Pero también, en medio de su confuso entendimiento de las figuras, podría estar autorizando la celebración de los que yo identifico como **convenios administrativos**, es decir, convenios no contratos, pero celebrados con particulares no con otros sujetos jurídicos públicos.*

4.- Tal como lo indiqué la Ley 996 de 2005 solo se refiere a una figura, la de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, mientras que el acuerdo incluye, además de esos convenios, los que identifica como contratos interadministrativos. Se trata de dos negocios muy diferentes, como lo he venido postulando desde la primera edición de mi libro Los convenios de la Administración: Entre la gestión pública y la actividad contractual, publicada en enero de 2008 por la Universidad del Rosario (4ª edición, Editorial Temis, 2021). Ciertamente, he venido predicando una Teoría General de los Convenios de la Administración, la cual, entre otras cosas y además de explorar la tipología de los convenios interadministrativos y administrativos, plantea una propuesta sustantiva de distinción de los convenios interadministrativos y los contratos interadministrativos y expone y examina las manifestaciones más relevantes de la amplia tipología de aquellos. Esa tesis en sus aspectos más centrales (como en las providencias citadas por la sentencia cuyo voto aclaro) se acoge por el Honorable Consejo de Estado, tanto por la Sala de Consulta como por la Sección Tercera en diversos pronunciamientos que datan de fechas posteriores a mi obra, en algunos de los cuales se la cita expresamente mientras que en otros casos se guarda silencio respecto de la misma, no obstante presentarse una gran coincidencia conceptual.

5.- Ante el panorama anterior, respetuosamente considero que aunque la sala gentilmente acogió la mayor parte de mis observaciones al proyecto inicial, e hizo un interesante esfuerzo, le faltó profundizar con más precisión en el alcance de los numerosos eventos negociales previstos por el acuerdo glosado por la Gobernación de Caldas y enfrentarlos al único que fue objeto de prohibición contenido en la Ley 996 de 2005, esto es, el de los convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos.

⁶TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA 3ª DE DECISIÓN ORAL, Magistrado Ponente: Dohor Edwin Varón Vivas 17-001-23-33-000-2023-00143-00, Demandante: Departamento de Caldas, demandado: Municipio de Manzanares y Concejo de Manzanares (Caldas).

5.- Examen del caso concreto

Según se observa en el artículo primero del acuerdo cuya revisión es solicitada por la Secretaría Jurídica del Departamento de Caldas, el Concejo Municipal de Manzanares, Caldas, autorizó de manera al Alcalde Municipal para celebrar contratos *“con personas naturales, jurídicas, entidades sin ánimo de lucro entidades y/o asociaciones de derecho privado y demás que según su naturaleza de conformidad con los requerimientos de la Constitución Nacional en sus artículos 311, 313, y 315, ley 80 de 1993 y demás normas concordantes”*.

El Departamento de Caldas considera, en síntesis, que dicha autorización al referirse a personas jurídicas *“y demás que según su naturaleza (...)”*, comprende las personas jurídicas de derecho público, por lo que en su criterio se viola la prohibición del ejecutivo municipal en materia de celebración de *“convenios interadministrativos”* dentro del término de la ley de garantías.

La Sala encuentra en el citado párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, en armonía con el marco normativo y jurisprudencial antes referido, clara la prohibición a los gobernadores, alcaldes y demás autoridades locales de celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos en el lapso correspondiente a los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones. En otras palabras, en ese periodo las entidades del orden territorial pueden celebrar convenios interadministrativos, pero solo aquellos que no impliquen la ejecución de recursos públicos.

Es preciso señalar entonces que en el presente asunto se pone a consideración del juez la contradicción entre las normas contenidas, de una parte, en el Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023 expedido por el Concejo de Manzanares, Caldas, *“Por medio del cual se autoriza al señor Alcalde municipal para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo ‘Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023’”* y el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, *“Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”*, conocida en la comunidad jurídica como ley de garantías.

Es oportuno recordar que las disposiciones del acuerdo objeto de censura por la Gobernación de Caldas y de la ley mencionada rezan de la siguiente forma:

La Ley 996 de 2005:

*“ARTÍCULO 38. PROHIBICIONES PARA LOS SERVIDORES PÚBLICOS.
A los empleados del Estado les está prohibido:*

(...)

*PARÁGRAFO. Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, **no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos**, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.”(Destaca la Sala)*

El Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023:

“ARTICULO PRIMERO: Autorícese de forma general al Señor Alcalde del Municipio de Manzanares caldas (sic) conforme a las normas legales vigentes y con cargo a las apropiaciones presupuestales de cada vigencia fiscal, para que celebre los contratos, con personas naturales y jurídicas, entidades sin ánimo de lucro entidades y/o asociaciones de derecho privado y demás que según su naturaleza de conformidad con los requerimientos de la Constitución Nacional en sus artículos 311, 313, y 315, ley 80 de 1993 y demás normas concordantes.

ARTÍCULO SEGUNDO: Las autorizaciones aquí estipuladas serán desde la fecha de su sanción y publicación y hasta treinta y uno (31) de diciembre de 2023, previa publicación por parte del ejecutivo”.

Al respecto la Sala pone de relieve en primer lugar, los actos, actuaciones o negocios objeto de las mencionadas prohibición y autorización:

La ley 996 de 2005 solamente se refiere a una figura, la de *convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos*. Por su parte, el acuerdo se refiere únicamente a la autorización para la celebración de contratos.

En este punto, llama la atención de la Sala que el título, denominación o epígrafe del acuerdo indica que en el mismo se autoriza *“(...) al señor Alcalde municipal para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo ‘Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023’”,* pero en el componente resolutivo del mencionado acto administrativo general, se expresa que la autorización es para que dicho funcionario celebre *“los **contratos**, con personas*

naturales y jurídicas, entidades sin ánimo de lucro entidades y/o asociaciones de derecho privado y demás que según su naturaleza” (negrillas de la sala).

Ahora bien, al analizar de manera armónica e integral el texto del acto administrativo cuya validez se demanda, esta Corporación infiere, de una parte, que la autorización del concejo municipal únicamente se refiere a la celebración de contratos, y de otra, que dicha credencial sólo se concedió para que los contratos se celebren con personas (naturales o jurídicas) de derecho privado.

En efecto, en relación con los sujetos de dichos compromisos la norma prevé, en una muy regular redacción, que tales acuerdos pueden celebrarse con las siguientes personas, en su orden:

- *Personas naturales*
- *Personas jurídicas*
- *Entidades sin ánimo de lucro*
- *Entidades y/o asociaciones*

Como se indicó líneas atrás, la Sala considera que la expresión “*de derecho privado*” contenida en el artículo primero del acuerdo analizado, no solo hace referencia -calificándolas- a las *entidades y/o asociaciones*, sino también a los demás sujetos que se mencionan en la norma, esto es, a las personas naturales, las personas jurídicas y las entidades sin ánimo de lucro. Es decir que todos los sujetos que allí se mencionan son de derecho privado, pertenecen al sector privado, no al sector público, y en tal sentido no forman parte de la estructura general del Estado ni de ninguna de sus tres ramas (ejecutiva, legislativa y judicial) y organizaciones permanentes (electoral, Ministerio Público y Órganos de Control Fiscal), ni de la organización transitoria relativa al Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no repetición.

Ello significa que al introducir sujetos jurídicos de naturaleza privada o del sector privado, la autorización del citado acto administrativo incluye típicos contratos estatales o administrativos, esto es, los que se celebran por parte de las entidades estatales con sujetos de esa índole para obtener de los mismos la realización de obras, servicios o el suministro de bienes. Vale decir, no incluye la autorización para la celebración de negocios -contratos o convenios- con sujetos jurídicos de derecho público o de carácter público, esto es, con personas jurídicas o con entidades estatales.

Un último aspecto es necesario precisar y ello debe hacerse en armonía con lo que se acaba de señalar: el relativo a la expresión “... *y demás que según su naturaleza* ...” contenida en el artículo primero del Acuerdo 019 del 28 de

septiembre de 2023. Al respecto este Tribunal considera que esa expresión debe interpretarse entendiendo que los demás sujetos a los que se refiere la norma son todas aquellas personas jurídicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades y/o asociaciones que tengan precisamente tales condiciones y que sean precisamente de derecho privado, y no de derecho público. Esto es que dentro de esa referencia general (*y demás que según su naturaleza*) no deben entenderse en modo alguno incluidas personas jurídicas de derecho público o entidades estatales.

Es de la forma anterior que en consideración de esta sala de decisión debe interpretarse el acuerdo objeto de este pronunciamiento de validez.

Ahora, tal como se indicó por la Sala, y se reitera, la Ley 996 de 2005 solo se refiere a una figura, la de convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, mientras que el acuerdo incluye, únicamente, los que identifica como contratos.

En síntesis, el acuerdo objetado por la Gobernación se aparta de la prohibición legal en dos aspectos centrales de la misma: (i) respecto de los sujetos, pues esta se refiere a lo interadministrativo y, por tanto, a los sujetos jurídicos públicos de contratación estatal; y (ii) en relación con la figura jurídica, pues la prohibición recae sobre convenios y no sobre contratos.

Finalmente, respecto del lapso de la autorización, que es el que propiamente en criterio del Departamento de Caldas contradice la referida ley, la Sala considera que al imprimirse el entendimiento según el cual la facultad otorgada al ejecutivo únicamente es para celebrar contratos con personas de derecho privado, no se advierte invalidez por el hecho de la vigencia de la mencionada credencial entre el 28 de septiembre de 2023 y el 29 de octubre del mismo año.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala no comparte la interpretación del Departamento de Caldas en el presente asunto, específicamente en relación con aquellos cargos referidos a la inclusión en la norma mencionada de la expresión convenios interadministrativos, toda vez que la lectura del acuerdo permite inferir que la autorización solamente se otorgó al ejecutivo municipal para celebrar contratos con personas naturales y jurídicas, entidades sin ánimo de lucro, entidades y/o asociaciones, todas de derecho privado.

Por lo analizado, como el referido Acuerdo n° 019 del 28 de septiembre de 2023, no quebranta el ordenamiento jurídico descrito por el Departamento de Caldas, esta Sala negará las pretensiones de la demanda de invalidez.

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. NIÉGASE la solicitud del Departamento de Caldas en relación con la invalidez del Acuerdo n° 019 del 28 de septiembre de 2023, *“Por medio del cual se autoriza al señor Alcalde municipal para efectuar contratos con personas naturales y/o jurídicas de derecho privado para la ejecución de programas de inversión inmersos en el Plan de Desarrollo ‘Por la Equidad y el Desarrollo Social 2020-2023’”,* emanado del Concejo Municipal de Manzanares, Caldas.

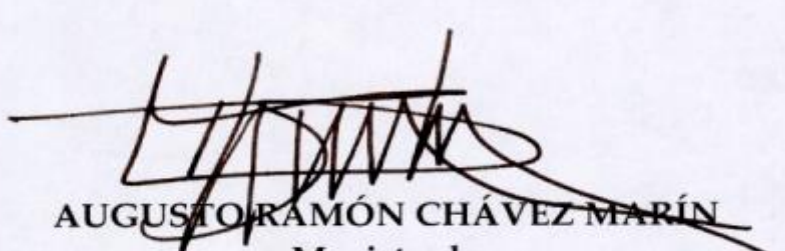
Segundo. ACLÁRASE que la expresión *“... y demás que según su naturaleza ...”* contenida en el artículo primero del Acuerdo 019 del 28 de septiembre de 2023, debe interpretarse bajo el entendimiento que las demás entidades a las que se refiere la norma son aquellas personas jurídicas, entidades sin ánimo de lucro y entidades y/o asociaciones, de derecho privado y no de derecho público.

Tercero. COMUNÍQUESE esta determinación al señor Gobernador del Departamento de Caldas, al señor Alcalde del Municipio de Manzanares, Caldas, al señor Presidente del Concejo Municipal de Manzanares, Caldas, y al señor Agente del Ministerio Público.

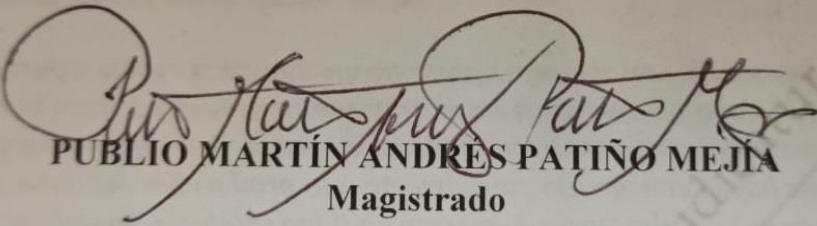
Cuarto. Contra la presente decisión, no procede recurso alguno.

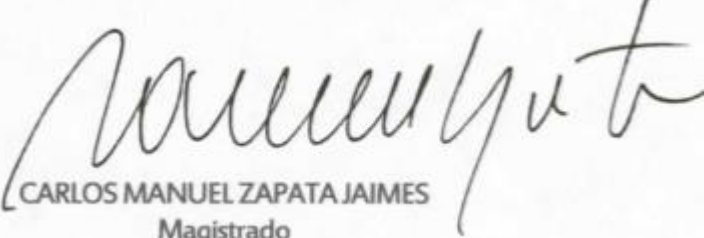
Quinto. Por la Secretaría **HÁGANSE** las anotaciones pertinentes en el programa informático *“Justicia Siglo XXI”*.

Notifíquese y cúmplase



AUGUSTORAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado


PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado


CARLOS MANUEL ZAPATA JAIMES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 221
FECHA: 13/12/2023


Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

17001-33-33-001-2014-00683-03

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 245

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4ª de Decisión Oral, 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 emanada del Juzgado 8º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor **JOSÉ DUBIEL SALAZAR SERNA**, dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, trámite al cual fue vinculada en calidad de co-demandada la **AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA.

I) Que previa inaplicación del artículo 4º del Decreto 2646 de 1994, se declare la nulidad del acto ficto originado con la petición del 22 de enero 2014, con el cual le fue negado el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial.

II) Se reconozca y pague la reliquidación de la pensión al nulidiscente, teniendo en cuenta todas las primas legales y extralegales percibidas, entre ellas la prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías causadas desde el nacimiento del derecho y las que se causen a futuro y el reajuste de los aportes a la seguridad social reliquidados con el salario realmente devengado en el que se integre la denominada '*prima de riesgo*'

III) Que se dé cumplimiento al fallo de conformidad con el artículo 192 del C/CA.

IV) Se condene en costas a la entidad demandada.

CAUSA PETENDI.

El señor JOSÉ DUBIEL SALAZAR SERNA expuso que prestó sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad - DAS, entre el 13 de noviembre de 1992 y el 31 de diciembre de 2011, en el cargo de ‘Detective 09 Área Operativa’, adscrito al nivel central en la ciudad de Bogotá; y que, además del salario devengado, le era pagada mes a mes la denominada prima de riesgo creada por el Decreto 1933 de 1989, reglamentada en los Decretos 132, 1137 y 2646 de 1994, la cual fue reconocida a los empleados de la entidad debido a las labores de alto riesgo que desempeñaban.

Agregó que con la expedición del Decreto 2646 de 1994 se establecieron las categorías de empleados beneficiarios de la prima de riesgo, disponiendo que dicha prestación no podía constituir factor salarial, pese a que el decreto de su creación no consignó nada al respecto. Así mismo, que a la luz del artículo 13 del Decreto 1932 de 1989, son factores salariales, además de la asignación básica mensual, los incrementos por antigüedad del Decreto 10 de 1989, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, el auxilio de transporte, el auxilio de alimentación, los viáticos y los gastos de representación.

Pese a ello, aseguró el demandante, el DAS nunca liquidó durante su relación laboral las primas ni las prestaciones sociales periódicas percibidas, incluyendo el porcentaje correspondiente a la prima de riesgo, por lo que, en virtud de los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, se debe inaplicar por inconstitucional el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, en cuanto indica que la prima de riesgo no constituye factor salarial.

Añadió que, sumado a lo dicho, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 4057 de 2011, con el cual suprimió el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD, en cuyo acto reconoció tácitamente el carácter salarial de la prima de riesgo, al punto de incorporarla a la asignación básica, y constituyéndola como factor salarial para todos los efectos legales, a fin de no desmejorar las condiciones salariales de los empleados que se incorporarían en las entidades receptoras.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

La parte actora invocó como vulnerado el artículo 53 de la Constitución Política, que se refiere al concepto de salario y a los principios de primacía de la realidad sobre las formas, de favorabilidad y de irrenunciabilidad de los derechos laborales. Como sustento de la infracción mencionó que el salario debe comprender todas las sumas pagadas de manera habitual, sin que tenga incidencia sobre ello la denominación asignada por la ley o por las partes contratantes. Esta concepción, aduce, ha sido acogida por el H. Consejo de Estado al momento de estudiar la procedencia de la inclusión de la prima de riesgo para los servidores del extinto DAS para el reconocimiento de las pensiones de jubilación.

Así mismo, mencionó que en nuestra legislación existen referentes normativos para establecer qué factores constituyen salario, entre ellos los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone que constituye salario, además de la remuneración fija, todo aquello que percibe el trabajador de forma habitual como contraprestación del servicio independientemente de su denominación, por lo que, al haber percibido la prima de riesgo de forma periódica, le da el derecho reclamado en el presente medio de control.

Luego, adujo que los decretos expedidos con posterioridad a la creación de la prima de riesgo, eliminaron la condición de factor salarial para la liquidación de las demás prestaciones sociales, lo cual, en su sentir, desdibuja el fin consagrado en el artículo 53 constitucional frente a la definición de salario. Por lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° del ordenamiento Superior, solicita inaplicar la norma que le es contraria, específicamente el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR.

➤ La **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** contestó la demanda con el libelo visible de folios 92 a 102 del cuaderno principal, se opuso a las pretensiones formuladas por el señor JOSÉ DUVIEL SALAZAR SERNA, en tanto no fue la entidad que profirió los actos administrativos demandados, ni realizó la vinculación del demandante al extinto DAS.

Como sustento de su posición, formuló los medios exceptivos que denominó:

- **‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN’**, en tanto las pretensiones se dirigen contra el extinto DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD -DAS-, y la Fiscalía no es sucesora procesal, pues a la luz de lo previsto en los Decretos 4057 de 2011 y 1303 de 2014 la entidad llamada a asumir la defensa judicial del DAS es la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.
- **‘INEPTA DEMANDA PORQUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS NO SON SUSCEPTIBLES DE CONTROL JUDICIAL’**, en tanto existió un primer acto que liquidó las prestaciones sociales del señor SALAZAR SERNA y, en tal sentido, debió ser este el acto administrativo demandado, pues no es posible a través de una nueva solicitud, revivir los términos procesales.
- **‘CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL’** en tanto el DAS profirió el acto administrativo en estricto cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo no puede ser incluida como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales.
- **‘INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’**, pues la voluntad del legislador ha sido clara en que la prima de riesgo, no ha sido concebida como factor salarial pese a haber sido pagada de forma periódica.
- **‘BUENA FE’**, en tanto el DAS durante la relación contractual con el demandante se ciñó a las disposiciones que rigen la materia frente al pago de la prima de riesgo.
- **‘PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS’**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2535 del Código Civil, y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.
- **‘GENÉRICA’**, para que se declare de oficio cualquier otra excepción que resulte probada durante el proceso.

➤ La **AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**, dio contestación a la demanda con escrito que visible en los folios 200 a 220 del cuaderno principal, con el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por el señor SALAZAR SERNA, de conformidad con las consideraciones que a continuación se sintetizan.

Inicialmente, refirió que el acto administrativo atacado fue proferido en cumplimiento de las normas constitucionales, legales y demás decretos reglamentarios sobre la materia. Así mismo, advirtió que la sentencia del H. Consejo de Estado que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones no es aplicable al presente asunto, pues en ella no se realizó análisis alguno sobre el régimen de liquidación de las prestaciones sociales de los empleados del DAS sino puntualmente sobre su régimen pensional especial. También, explicó que el Decreto 4057 de 2011 no reconoció en manera alguna que la prima de riesgo fuera constitutiva de factor salarial.

Seguidamente, se refirió al desarrollo normativo de la prima de riesgo, precisando que en él se consagró expresamente que dicha prestación no constituye factor salarial, pues conforme a lo previsto en los artículos 16 y 17 del Decreto 1933 de 1989, en estos no se incluye la prima de riesgo como un factor para liquidar la prima de navidad o la prima de vacaciones.

Finalmente, expuso que la prima de riesgo se reconoce como un ingreso laboral pero no como contraprestación directa del servicio, sino como una retribución por el hecho que el trabajador asuma un riesgo en virtud del desarrollo de funciones peligrosas.

Así las cosas, para defender su posición, formuló los siguientes medios exceptivos:

- **‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO EN EL PRESENTE ASUNTO POR CORRESPONDER A UN EXFUNCIONARIO DEL DAS INCORPORADO EN LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN’**, en tanto, en virtud de la extinción del DAS, el demandante se vinculó sin solución de continuidad a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por lo que es la entidad llamada a comparecer por

pasiva en el presente asunto, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 4057 de 2011.

- **‘INEPTA DEMANDA’**, en razón a las siguientes consideraciones:
 - **‘EL OFICIO DEMANDADO NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JUDICIAL’**, pues el acto ficto demandado no corresponde a un acto administrativo definitivo, en tanto la interposición de una petición no tiene la virtualidad de revivir los términos judiciales, máxime porque el oficio aportado con la demanda no cuenta con las constancias de radicación o entrega a la entidad, por lo que no puede predicarse la configuración de un acto administrativo presunto.
 - **‘POR AUSENCIA DE FORMULACIÓN DE CARGOS DE NULIDAD’**, en virtud de que, además de que el acto administrativo no es susceptible de control judicial, la parte actora omitió formular los cargos o vicios de nulidad, lo que impide a la entidad pronunciarse sobre un aspecto sustancial de la demanda, pues la mera mención de unas normas que se consideran violadas no son suficientes para cumplir con la carga procesal impuesta por la ley.
- **‘NO COMPRENDER LA DEMANDA TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS’**, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 238 de la Ley 1753 de 2015, la Agencia no puede intervenir como parte pasiva o como sucesora procesal del extinto DAS en los procesos promovidos en contra de este. En este sentido, precisó que estos deben ser atendidos por el patrimonio autónomo a cargo de la FIDUPREVISORA.
- **‘INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO’**, en virtud de que las normas que regulan la prima de riesgo, no la han reconocido como factor salarial.
- **‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN’**, dado que en virtud de la ausencia del derecho, no es dable reliquidar las prestaciones sociales del demandante.
- **‘PRESCRIPCIÓN TRIENAL’**, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1848 de 1969 y en el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

- **‘EXCEPCIÓN GENÉRICA’**, para que se declare de manera oficiosa cualquier excepción que resulte probada en el proceso.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia datada el 16 de septiembre de 2019, la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales accedió a las pretensiones de la parte demandante en los términos que pasan a compendiarse /fls. 297 a 302 Cuaderno 1A/.

En primer lugar, indicó que la prima de riesgo fue creada mediante Decreto 1933 de 1989, y mediante Decreto 2646 de 1994 se dispuso expresamente que tal beneficio no constituía factor salarial. Así mismo, explicó que en sentencia del 1º de agosto de 2013 (2008-00150), el H. Consejo de Estado consideró que la prima de riesgo se reconoce de forma habitual y periódica como contraprestación directa del servicio que prestan los empleados del DAS, por lo que se debe considerar que ésta hace parte del salario.

En ese sentido, concluyó que la prima de riesgo reclamada por el señor SALAZAR SERNA debe ser tenida en cuenta como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, pues precisó que el mismo análisis realizado por el H. Consejo de Estado en el caso de las pensiones, resulta aplicable a las demás prestaciones, en virtud de lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política.

Así las cosas, decidió: i) declarar probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN**, y no probadas las demás excepciones formuladas por la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**; ii) inaplicar, para el caso concreto, el artículo 4º del Decreto 2696 de 1994; iii) declarar la nulidad del acto administrativo ficto con el cual le fue negado al demandante el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial; iv) ordenar a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, reliquidar y pagar las prestaciones causadas al señor SALAZAR SERNA, incluyendo la base de liquidación de la prima de riesgo, y con base en ello, reajustar los aportes a seguridad social; y v) declarar probada la excepción de **FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA**, propuesta por la **AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el memorial visible de folios 306 a 312 del cuaderno 1A, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** impugnó la sentencia de primera instancia, de conformidad con los siguientes argumentos:

Inicialmente, reiteró que la FISCALÍA no está legitimada en la causa por pasiva en el presente asunto, en tanto no funge como sucesora procesal del extinto DAS, y reprochó que pese a que tal situación fue puesta de presente desde el escrito de contestación de la demanda, la funcionaria judicial no realizó pronunciamiento alguno sobre el particular. Sobre este punto, precisó que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 7 y 9 del Decreto 1303 de 2014, en consonancia con el artículo 18 del Decreto 4057 de 2011, la representación de la entidad suprimida debió ser asumida por una entidad de la Rama Ejecutiva o, en su defecto, por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Sobre el particular, citó apartes de pronunciamientos del H. Consejo de Estado sobre la materia.

Finalmente, recalcó que a la luz de lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994, la prima de riesgo no constituye factor salarial, por lo que las decisiones adoptadas en su momento por el DAS, encuentran plena concordancia con las normas que regulan la materia; e indicó la H. Corte Constitucional ya se ha pronunciado sobre la facultad del legislador para determinar el alcance de los factores salariales.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por modo la parte actora se declare la nulidad del acto ficto originado con la petición del 22 de enero 2014, con el cual le fue negado el reconocimiento de la prima de riesgo como factor salarial para la reliquidación de los demás emolumentos prestacionales percibidos.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a la postura erigida por la parte apelante y a lo decidido por la funcionaria judicial de primera instancia, los problemas jurídicos a resolver en el presente asunto se contraen a la aclaración de los siguientes interrogantes:

- *¿La prima de riesgo percibida por el señor JOSÉ DUVIEL SALAZAR SERNA como ex servidor del extinto DAS, forma parte de la base para la liquidación de sus prestaciones sociales?*

En caso afirmativo,

- *¿Es la Fiscalía General de la Nación la entidad legitimada en la causa por pasiva para asumir una eventual condena por reliquidación de prestaciones sociales?*

(I)

LO PROBADO EN LA ACTUACIÓN

1. Obra en el expediente certificado suscrito por la Coordinadora del Grupo de Gestión Humana del Archivo General de la Nación, visible a folio 35 del cuaderno principal, en el cual se hace constar que, revisados los archivos generales entregados por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, el señor JOSÉ DUVIEL SALAZAR SERNA, laboró para dicho departamento entre el 13 de noviembre de 1992 y el 31 de diciembre de 2011, y que el último cargo desempeñado fue el de DETECTIVE PROFESIONAL 207-09 de la Seccional Caldas. Así mismo precisó dicho documento, que además del sueldo, el señor SALAZAR SERNA devengó una prima especial de riesgo equivalente al 35% de la asignación básica mensual.
2. El 22 de enero de 2014, el señor JOSE DUBIEL SALAZAR SERNA solicitó al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, el reconocimiento de la prima especial de riesgo, como factor salarial para la reliquidación de todas sus prestaciones sociales.
3. Mediante Resolución N° 03433 de 29 de diciembre de 2011, visible a folios 341

a 434 del cuaderno 1ª, la Fiscalía General de la Nación realizó la incorporación directa de servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad - DAS- a su planta de personal de la entidad; y entre los servidores incorporados se encuentra el señor JOSE DUBIEL SALAZAR SERNA en el cargo de ‘Investigador Criminalístico I’.

(II)

**DESARROLLO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL
DE LA PRIMA DE RIESGO**

El Decreto 1933 de 1989, que expidió el régimen prestacional especial para los empleados del DAS, creó una prima de riesgo en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4°. PRIMA DE RIESGO. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.

Esta prima no puede percibirse simultáneamente con la de orden público”.

Posteriormente, el Decreto 1137 de 1994 creó una prima especial de riesgo, con carácter permanente, para algunos de los cargos del extinto DAS, y consagró expresamente que dicha prima no constituiría factor salarial, así:

Artículo 1° Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen los cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional y Criminalístico Técnico que no estén asignados a tareas administrativas y los Conductores, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima especial de riesgo equivalente al 30% de su asignación básica mensual.

Esta prima no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con las primas de que tratan los artículos 2º, 3º, y 4º del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto, 132 de 1994. /Resalta la Sala/

Ha de anotarse, que tales disposiciones fueron derogadas por el Decreto 2646 de 1994, “Por el cual se establece la Prima de Riesgo para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad”, que dispuso:

Artículo 1º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, Criminalístico Especializado, Criminalístico Profesional, Criminalístico Técnico y los Conductores tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) de su asignación básica mensual.

Artículo 2º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos del área operativa no contemplados en el artículo anterior y los Directores Generales de Inteligencia e Investigaciones, los Directores de Protección y Extranjería, el Jefe de la Oficina de Interpol, los Directores y Subdirectores Seccionales, así como los Jefes de División y Unidad que desempeñen funciones operativas y el Delegado ante Comité Permanente tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al treinta por ciento (30%) de su asignación básica mensual.

Artículo 3º. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de las áreas de Dirección Superior y Administrativa no contemplados en los artículos anteriores, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo equivalente al quince por ciento (15%) de su asignación básica mensual.

Parágrafo. El Director y el Subdirector del Departamento no tendrán derecho a percibir la prima de que trata el presente Decreto.

Artículo 4°. La Prima a que se refiere el presente Decreto no constituye factor salarial y no podrá percibirse simultáneamente con la prima de que trata el artículo 2° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 132 de 1994.

Artículo 5°. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el artículo 4° del Decreto 1933 de 1989 y el Decreto 1137 de 1994”.
/Resaltado fuera de texto/

De conformidad con las normas previamente trasuntadas, resulta claro para esta Sala de Decisión que la prima de riesgo, creada para los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- no constituye factor salarial.

Ahora bien, a efectos de resolver el presente litigio, relativo a la inclusión de la prima de riesgo para la liquidación de las prestaciones sociales devengadas por el señor JOSÉ DUBIEL SALAZAR SERNA, resulta imperioso mencionar que el mismo Decreto 1933 de 1989, citado líneas atrás, con el cual se definió el régimen prestacional especial de los empleados del DAS, dispuso en su artículo 1° que estos tendrían derecho, no solo a las prestaciones allí reguladas, sino también, a todas aquellas previstas en las normas que establecieron el régimen prestacional general de los empleados públicos del orden nacional¹.

Adicional a ello, en sus artículos 16 a 19 se refirió a la liquidación de las vacaciones, las cesantías y las pensiones, las primas de vacaciones y de navidad, y demás, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 16. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad de que trata el Decreto 3135/68 a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

¹ **Artículo 1°** Norma General. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades de la administración pública del orden nacional en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978, 451 de 1984, artículo 3° y en los que los adicionan, modifican, reforman o complementan y, además, a las que este decreto establece.

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) La prima de vacaciones;
- f) El subsidio de alimentación;
- g) El auxilio de transporte;
- h) Los gastos de representación.

ARTÍCULO 17. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicia el disfrute de aquéllas:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) El subsidio de alimentación;
- f) El auxilio de transporte;
- g) Los gastos de representación.

ARTÍCULO 18. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad se tendrán en cuenta para su liquidación, los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) El subsidio de alimentación;
- f) El auxilio de transporte;
- g) La prima de navidad;
- h) Los gastos de representación;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios en comisión, dentro o fuera del país, cuando se hayan

percibido por un término no inferior a ciento ochenta (180) días en el último año de servicio;
j) La prima de vacaciones.

ARTÍCULO 19. Para determinar el valor de los auxilios por enfermedad y maternidad, de la indemnización por accidente de trabajo y por enfermedad profesional y del seguro por muerte de que tratan los decretos, 3135 de 1968, 1848 de 1969 y la compensación en caso de muerte, de los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;
- b) Los incrementos por antigüedad;
- c) La bonificación por servicios prestados;
- d) La prima de servicio;
- e) El subsidio de alimentación;
- f) El auxilio de transporte;
- g) La prima de vacaciones;
- h) Los gastos de representación.

Nótese que a la luz de las normas transcritas, no se advierte que para la liquidación las prestaciones allí consagradas se disponga la inclusión de la prima especial de riesgo, criterio que refuerza el mandato legal contenido en el Decreto 2646 de 1994, que determinó que dicha prima no constituye factor salarial.

Así las cosas, ha de recordarse que pretende la parte actora la inaplicación del artículo 4° del Decreto 2646 de 1994, por considerar que dicha disposición contraviene el mandato constitucional contenido en el artículo 53 de la Carta, que consagra la primacía de la realidad sobre las formas, pues aduce que la prima de riesgo por pagarse de forma habitual y periódica, y en contraprestación por las labores de riesgo desempeñadas como detective del DAS, se ajusta a la definición de legal salario, por lo debe ser tomada en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales.

De conformidad con lo anterior, ha de referirse esta Sala de Decisión a los pronunciamientos jurisprudenciales relevantes para dar solución al caso concreto, los cuales se fundamentan en los siguientes dos aspectos: i) la facultad del

legislador para regular el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y la naturaleza de los factores devengados; y ii) la postura jurisprudencial actual, en virtud de la Sentencia de Unificación proferida el 12 de mayo de 2022 por el H. Consejo de Estado, sobre naturaleza prestacional de la prima de riesgo.

Pues bien; la facultad del legislador para expedir las leyes, a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional frente al régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, se encuentra consagrada en el literal e) del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

...

...

...

19. Dictar las normas generales, y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

...

...

...

e) Fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y la Fuerza Pública.

(...)”

En desarrollo de tal mandato constitución el Congreso de la República expidió la Ley 4ª de 1992, y en su artículo 2° definió el alcance y los límites del Gobierno Nacional para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos².

² “ARTÍCULO 2o. 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:

...

...

h) La sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal;

i) La racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad;

No obstante, el ejercicio de esta facultad del Gobierno Nacional, se han suscitado sendas controversias, en tanto han sido creados emolumentos a favor de los servidores públicos, que no constituyen factor salarial para la liquidación de sus prestaciones sociales. Tal es el caso de la prima de riesgo creada para los empleados del extinto DAS, pues pese a que era percibida de manera habitual y periódica, no es considerada como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales.

Sobre tal discusión, la H. Corte Constitucional, en sentencia C-244 de 2013³, en estudio de constitucionalidad del artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, sostuvo:

“En este proceso se acusaban los artículos 14 y 15 de la Ley 4ª al prever que la prima especial aplicable a los funcionarios allí contemplados no constituía factor salarial (en Continuidad con lo idénticamente establecido en la Ley 60 de 1990 y los Decretos que la desarrollaron). La Corte Constitucional decidió en esa ocasión que la negación del carácter salarial a la prima especial allí concedida no violaba la Constitución Política. Una de las líneas argumentativas de las demandas allí acumuladas acusaba al Congreso y al Ejecutivo de haber desfigurado la figura de la "prima técnica" para terminar concediéndola de forma indiscriminada a funcionarios que no poseían los requisitos de especialización técnico-científica o el excepcional desempeño laboral. Esta línea de argumentación, sin embargo, fue desechada por la Corte porque implicaba el estudio de normas antiguas en las que se había establecido el propósito de la prima técnica y que, en su gran mayoría, no se encontraban ya vigentes para la época del fallo. A esta altura, la prima técnica ya se consideraba un beneficio automático para ciertos funcionarios y la jurisprudencia no se había opuesto a esta

j) El nivel de los cargos, esto es, la naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño;

k) El establecimiento de rangos de remuneración para los cargos de los niveles profesional, asesor, ejecutivo y directivo de los organismos y entidades de la Rama Ejecutiva y de la Organización Electoral;

l) La adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas. En el diseño de estos sistemas se tendrán en cuenta como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad;

...

³ Corte Constitucional. Sentencia C-244 de 22 de abril de 2013. M.P. Diego E. López Medina.

evolución que consideró propia del resorte discrecional del legislador a pesar de que generaba cierta falta de transparencia en los rubros con los que se liquidan los sueldos de estos funcionarios. Desde el punto de vista de la ciudadanía, resulta curioso, incluso anormal, que factores distintos al salario, como una "prima especial", tengan un impacto tan significativo en el conjunto de su remuneración; desde el punto de vista de los funcionarios, resulta también incomprensible que un ingreso regular y de indudable importancia en la cuantía integral de su remuneración sea considerado como una "prima" sin efectos prestacionales.

En una segunda línea de argumentación, basada en los pilares del derecho social del trabajo (arts. 25 y 53 CP.), se argumentaba que la negación del carácter salarial a la prima violaba el derecho que tienen los trabajadores a que las remuneraciones habituales de su trabajo cuenten dentro de la base salarial usada para la liquidación de sus prestaciones sociales. Al ser excluidas por ley, se está violando la integridad del concepto de "salario" que, según la demandante, está presente en el artículo 53 CP. y en instrumentos internacionales firmados por Colombia. Para sentar su posición, la Corte arranca desde premisas opuestas a las plasmadas por la demanda ciudadana de inconstitucionalidad: según la Corte, existe "el contrasentido evidente de las afirmaciones que censuran la creación de primas, en favor de ciertos trabajadores, por oponerse, presuntamente, a las reglas constitucionales que protegen el trabajo. Ninguna norma que tenga como efecto principal aumentar el ingreso disponible de un trabajador puede lesionar las reglas sobre protección especial al trabajo." La Corte acepta que el tratamiento ordinario del derecho laboral ha llevado a tratar las remuneraciones habituales como parte del salario. Pero señala que ello no necesariamente debe ser así, sino que tal decisión no es constitucionalmente imperativa sino que cae dentro de la órbita de libertad de configuración del legislador:

"De otra parte, no es fácil aceptar que la reiterada práctica legal en el tratamiento de la remuneración al trabajo, adquiera fuerza suficiente como para considerarse expresión necesaria de los mandatos constitucionales que regulan esa materia, hasta el punto de que tal práctica pueda convertirse en argumento constitucional para descalificar otras decisiones que, con criterio distinto, adopte luego el Congreso.

En varias ocasiones, la Jurisprudencia constitucional del país, expresada por la Corte Suprema de Justicia antes de 1991, y luego por la Corte Constitucional, ha manifestado que no existe derecho adquirido a la estabilidad de un régimen legal. Las normas legales acusadas bien podrían entonces disponer que no se consideran parte del salario, para efecto de liquidar prestaciones sociales, ciertas remuneraciones que, a la luz de criterios tradicionales, deberían haberse tenido como parte de aquél."

Para fortalecer esta conclusión, se cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 12 de febrero de 1993, en ejercicio de funciones de control de constitucionalidad, en la que se afirma que a partir de la vigencia de la Ley 50 de 1990 hay pagos que son "salario" pero que pueden, no obstante, "excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.)."

Para la Corte Suprema, respaldada ahora por la Constitucional, "este entendimiento de la norma es el único que racionalmente cabe hacer, ya que a[u]n cuando habitualmente se ha tomado el salario como la medida para calcular las prestaciones sociales y las indemnizaciones que legalmente se establecen en favor del trabajador, no existe ningún motivo fundado en los preceptos constitucionales que rigen la materia o en la recta razón, que impida al legislador disponer que determinada prestación social o indemnización se liquide sin consideración al monto total del salario del trabajador, esto es, que se

excluyan determinados factores no obstante su naturaleza salarial, y sin que pierdan por ello tal carácter".

De esta forma la Corte rechaza el argumento según el cual el concepto de "salario" estaría fuertemente constitucionalizado y llevaría al reconocimiento automático de que cualquier pago realizado por el empleador tiene que ser considerado como base salarial para el cálculo de prestaciones sociales. Con este reconocimiento, la Corte permite el establecimiento de bonos, primas o beneficios que ciertamente tienen el potencial de variar la base mensual de ingresos habituales de los trabajadores, pero negándole al mismo tiempo un impacto necesario sobre la carga prestacional". /Resalta la Sala/

Colofón de lo hasta ahora expuesto, el análisis de las normas sobre la prima de riesgo y aquellas que se refieren a los factores que deben formar parte de la base para liquidar las prestaciones sociales de los empleados del DAS, considera esta Corporación que las mismas se acompasan con el análisis realizado por la Corte Constitucional, pues en virtud de la facultad legislativa y reglamentaria previamente analizada, la prima de riesgo no goza de una naturaleza salarial, máxime si se tiene en cuenta que los factores que sirven de base para liquidar las prestaciones no incluyen la prima de riesgo.

Así pues, a esta altura del discurso judicial no se advierte la vulneración del artículo 53 de la Constitución Política, que obligue inaplicar por inconstitucional el artículo 4 del Decreto 2646 de 1994 que consagró la prima de riesgo como factor no salarial, pues, se itera, en virtud de la facultad legislativa y reglamentaria consagrada en la misma constitución, existen algunos emolumentos a los cuales no se les ha dado la connotación de factor salarial.

Bajo esta misma línea de intelección, y sin desconocer que han existido diferentes pronunciamientos jurisprudenciales con disparidad criterios frente al derecho a reconocer la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las prestaciones sociales de los servidores del extinto DAS, el H. Consejo de Estado

con sentencia datada el 12 de mayo de 2022⁴, unificó la jurisprudencia frente al tema, providencia de la cual resulta relevante destacar los siguientes apartes:

“125. El Gobierno tiene la facultad para regular el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos. En ejercicio de esta competencia puede definir que determinado emolumento tenga el carácter de factor salarial, para efectos de liquidación de prestaciones sociales, que lo tenga solo para algunas o que carezca de dicho efecto¹⁰⁵. Por ese solo hecho no se vulneran los derechos de los trabajadores. Tampoco se desconoce el concepto amplio de salario, ante la inexistencia de un imperativo constitucional o convencional que obligue a tenerlo como una limitación de su competencia o que imponga que todas las sumas que lo componen deben ser la base para el cálculo de tales prestaciones.

126. Con todo, esta potestad no es absoluta, si se tiene en cuenta que para ello debe sujetarse a las normas superiores que imponen la protección del salario como elemento trascendente y fundamental de los derechos laborales. En esta oportunidad, un análisis preliminar de cara a las garantías del artículo 53 y los principios de la Ley 4 de 1992 no permite derivar su incompatibilidad con los mandatos superiores que debió atender la autoridad competente.

127. En ese orden, el ejecutivo estaba habilitado para expedir las normas que rigen la prima de riesgo, y con ello, disponer que no es factor salarial para liquidar prestaciones sociales, a pesar de su habitualidad y carácter compensatorio. Sin embargo, de manera progresiva amplió este beneficio, primero en el personal al que lo asignó, luego en su porcentaje, más adelante le confirió efectos pensionales (a partir de la Ley 860 de 2003) y, posteriormente, le otorgó plenitud para la liquidación de prestaciones sociales, una vez los servidores del

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial N° SUJ-027-Ce-S2-2022.

suprimido DAS fueron incorporados a otras entidades públicas, según el Decreto 4057 de 2011.

4. Regla de unificación

De conformidad con lo dispuesto por los Decretos 1137 y 2646 de 1994, la prima de riesgo no es factor salarial para efectos de liquidar prestaciones sociales diferentes a pensión, en favor de los servidores que se desempeñaron en el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, hasta su supresión, ordenada por el Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011. Dicho valor constituye factor salarial para todos los efectos legales a partir de la incorporación de los servidores del DAS a otras entidades u organismos receptores, como consecuencia de lo previsto por el artículo 7 del Decreto 4057 del 31 de octubre de 2011.

128. Es de precisar que la expresión «diferentes a pensión» contenida en la anterior regla obedece a que en esta providencia se estudia su incidencia en prestaciones sociales tales como: cesantías, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, prima de vacaciones, entre otras, salvo la pensión. Lo anterior, por cuanto dicha prestación amerita consideraciones especiales y no fue objeto de discusión en el presente caso”.

De conformidad con las normas y la jurisprudencia puestas en consideración, resulta claro para esta Sala de decisión que no le asiste derecho a la parte actora a la reliquidación de las prestaciones sociales teniendo como factor salarial para ello la prima especial de riesgo, de conformidad con las siguientes conclusiones:

- i) A la luz de lo dispuesto en el Decreto 2646 de 1994, la prima especial de riesgo no tiene la naturaleza de factor salarial;
- ii) Las normas relativas a la liquidación de las prestaciones sociales para los empleados del DAS, no consagran la prima de riesgo como factor salarial como base para su liquidación;

- iii) El H. Consejo de Estado, con sentencia de 12 de mayo de 2022, unificó la jurisprudencia en el sentido de precisar que la prima especial de riesgo no constituye factor salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales diferentes a pensión, situación que no fue objeto de discusión en el presente asunto.

Así las cosas, se revocará la sentencia dictada en primera instancia por la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales, y en su lugar se negarán las súplicas de la demanda.

COSTAS

No habrá condena en costas ni agencias en derecho teniendo en cuenta que al momento de interponer la demanda, la jurisprudencia del Consejo de Estado, aún con disparidad de criterios, llegó a avalar la procedencia de la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales de los empleados del extinto DAS; sin embargo, ante la reciente postura de Unificación Jurisprudencial del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo la H. Corte Constitucional en la sentencia de 12 de mayo de 2022, estima la Sala que no es procedente condenar en costas en este caso.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales, dentro del contencioso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por el señor **JOSÉ DUBIEL SALAZAR SERNA** contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, trámite al cual fue vinculada en calidad de co-demandada la **AGENCIA NACIONAL PARA LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**.

En su lugar, **NIEGANSE** las pretensiones de la parte actora.

Sin COSTAS ni agencias en derecho en esta instancia.

Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones del caso en el 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°060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS



Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

A.I. 349

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17-001-33-39-753-2015-00069-02
Clase:	Nulidad Y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - Ugpp
Demandado:	María Doris Uribe de Valencia

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto del 16 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

II. Antecedentes

La UGPP presentó demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho – Lesividad, solicitando la nulidad del acto administrativo por medio del cual Cajanal reliquidó la pensión gracia de la señora María Doris Uribe de Valencia, incluyendo factores salariales devengados en el año anterior al retiro definitivo del servicio.

La UGPP estima que no hay lugar a dicha reliquidación comoquiera que se trata de una prestación especialísima del docente oficial que se consolida a partir del momento que se adquiere el estatus pensional, por lo que no puede modificarse la liquidación incluyendo factores devengados en el último año de servicio.

Con auto del 16 de marzo de 2023, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales negó la medida provisional deprecada, indicando que *“Como se indicó en precedencia, la parte motiva de la resolución demandada indica que se fundamenta en la: “Ley 37/33 art.3, inciso 2°, Leyes 33 y 62 de 1985, Dcto 01/84”, normas que regulan la*

pensión vitalicia de jubilación de los empleados oficiales. El acto demandado en momento alguno hace referencia a que se haya reliquidado una pensión de gracia, a la demandante, es más, pareciera indicar que lo que se reliquidó fue una pensión ordinaria de jubilación, aspecto que en esta etapa procesal aún no está claro para este Despacho, teniendo en cuenta que no se ha adelantado la etapa probatoria. [...]"

A lo anterior agrega que, mediante la Resolución 005104 del 24 de enero de 2006 se le negó a la demandada la reliquidación de pensión gracia por nuevos factores salariales, circunstancia que genera mayor confusión sobre la verdadera naturaleza de la pensión que se reliquidó por medio del acto administrativo cuya suspensión se depreca, esto es, la Resolución N° 18763 del 17 de julio de 2002.

Contra la referida providencia, la entidad demandante interpuso recurso de apelación aduciendo que, la pensión de jubilación gracia fue establecida por el régimen legal especial de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, según el cual, debe ser reconocida, liquidada y pagada de conformidad con las previsiones de este régimen jurídico especial, a los docentes territoriales y nacionalizados, vinculados con anterioridad al 1o de enero de 1.981, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 91 de 1.989, en forma diferente a la pensión de jubilación ordinaria de los docentes. Esta pensión especial de gracia no debe liquidarse por el sistema de aportes o cotizaciones, dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985 para las pensiones del régimen general, al cual no pertenece la pensión de gracia, que es una pensión gratuita, no por aportes, a cargo de la Nación. En la liquidación de la pensión gracia se deben incluir todos los factores salariales percibidos por la beneficiaria, durante el año inmediatamente anterior a aquél en que cumplió con los requisitos de tiempo y edad, vale decir los que regían para el momento en que consolidó el derecho. El estatus lleva consigo el disfrute de la prestación pensional especial, por lo cual, el retiro definitivo del servicio no afecta en nada la situación consolidada; de ahí que no sea dado modificar la liquidación para incluir factores devengados en el último año de servicio.

II. Consideraciones de la Sala

Es competente el Tribunal, Sala de Decisión, para conocer del presente asunto en virtud de la disposición contenida en el artículo 125 literal h) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a saber.

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

1. Corresponderá a los jueces proferir los autos y las sentencias.

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

a) Las que decidan si se avoca conocimiento o no de un asunto de acuerdo con los numerales 3 y 4 del artículo 111 y con el artículo 271 de este código;

b) Las que resuelvan los impedimentos y recusaciones, de conformidad con los artículos 131 y 132 de este código;

c) Las que resuelvan los recursos de súplica. En este caso, queda excluido el despacho que hubiera proferido el auto recurrido;

d) Las que decreten pruebas de oficio, en el caso previsto en el inciso segundo del artículo 213 de este código;

e) Las que decidan de fondo las solicitudes de extensión de jurisprudencia;

f) En las demandas contra los actos de elección y los de contenido electoral, la decisión de las medidas cautelares será de sala;

g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra estas;

h) **El que resuelve la apelación del auto que decreta, deniega o modifica una medida cautelar.** En primera instancia esta decisión será de ponente.

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

Así las cosas, el recurso de apelación interpuesto contra el auto que negó la medida cautelar solicitada por la parte demandante, será decidida por este Despacho de acuerdo con los argumentos que se expondrán a continuación.

En el *sub examine* se reclama la suspensión provisional de la Resolución No. 18763 del 17 de julio de 2002, proferida por la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual se reliquidó una pensión gracia con inclusión de todos los factores devengados en el último año de prestación de servicio.

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

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

“Artículo 230. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:
[...]

¹ En adelante C.P.A.C.A.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conviene precisar que, en los demás casos, esto es, aquellos referidos a medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de actos administrativos, el análisis de Juez sí debe recaer en otros requisitos tales como: i) Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho; ii) Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados; iii) Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de

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

ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida que concederla; iv) Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones: a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

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

1. Del caso concreto

La medida provisional está dirigida a obtener la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se reliquidó una pensión por retiro definitivo del servicio, prestación que, según la parte actora, corresponde a la pensión gracia cuyo liquidación solamente puede incluir los factores devengados en el año estatus.

A efectos de resolver lo pertinente, sea lo primero indicar que, la pensión gracia fue creada por la Ley 114 de 1913 como una prestación en favor de los docentes; el artículo 1° de la referida norma, dispone que *“Los maestros de Escuelas Primarias Oficiales que hayan servido en el Magisterio por un término no menor a veinte años, tienen derecho a una pensión de jubilación vitalicia, de conformidad con las prescripciones de la presente ley”*.

Los requisitos para acceder a la pensión gracia fueron consagrados en el artículo 4° ibidem, a saber: i) no haber recibido ni recibir actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, comoquiera que su finalidad fue la de *“compensar los bajos niveles salariales que percibían los profesores de primaria en las entidades territoriales, respecto de las asignaciones que a su vez, recibían los docentes vinculados directamente con la Nación; y esa diferencia existía porque en virtud de la Ley 39 de 1935, la educación pública primaria estaba en cabeza de los municipios o departamentos, mientras que la secundaria se encontraba a cargo de la Nación”*; ii) que en los empleos desempeñados se haya conducido con honradez, consagración y buena conducta; y, iii) haber cumplido cincuenta años de edad.

Con posterioridad se expidió la Ley 116 de 1928 *“Por la cual se aclaran y reforman varias disposiciones de la Ley 102 de 1927”*, disposición que en su artículo 6° extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales y los inspectores de instrucción pública, a quienes para el cómputo de los años de servicio les fue permitido sumas los periodos laborales en diversas épocas en las escuelas de enseñanza primaria y normalista.

La Ley 37 de 1993 “*Por la cual se decreta el pago de una pensión a un servidor público y sobre jubilación de algunos empleados*” en su artículo 3° hizo extensiva la pensión de gracia a los maestros que prestaran sus servicios en el nivel secundario, en los siguientes términos:

“Artículo 3. Las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedarán nuevamente en la cuantía señalada por las leyes. Hácense extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria.”

De todo lo anterior se desprende que, una de las condiciones exigidas para ser beneficiario de la pensión gracia, ya sea por servicios docentes en primaria, secundaria o normalista, es que éstos se hayan prestado en entidades territoriales, pues la compatibilidad pensional que consagra la ley es con pensiones reconocidas por tiempos prestados a los departamentos o municipios.

Al respecto, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente⁴:

...
Como consecuencia del proceso de nacionalización de la educación, que trajo la Ley 43 de 1975 «por la cual se nacionaliza la educación primaria y secundaria que oficialmente vienen prestando los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá los municipios, las intendencias y comisarías; y se distribuye una participación, se ordenan obras en materia educativa y se dictan otras disposiciones» los docentes de primaria y secundaria quedaron vinculados con la Nación y por ende, ya no se presentarían diferencias salariales entre los distintos docentes del sector oficial.

Luego, se expidió la Ley 91 de 1989 «por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio» disposición que en su artículo 1.º estableció:

Artículo 1º.- *Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

- 1. Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
- 2. Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
- 3. Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

Por su parte, en su artículo 15 ordinal 2 fijo un límite temporal para tener derecho a la pensión gracia en los siguientes términos:

2.- Pensiones

Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas. Bogotá D.C. septiembre 6 de 2018. Radicación número: 25000-23-42-000-2013-04688-01 (3811-16).

De las normas previamente señaladas se deduce que el legislador acabó con el reconocimiento de la pensión gracia, esto es, por quedar todos los docentes vinculados con la Nación. Por ello, la Sala sigue el criterio expuesto por la sala plena de esta corporación en fallo del 26 de agosto de 1997, en el sentido de que el numeral 2.º del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 es de carácter transitorio, para no desconocer los derechos adquiridos en relación con la pensión gracia, en tratándose de los docentes nacionalizados.

La providencia previamente señalada sostuvo lo siguiente:

[...] La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por habérseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad '[...]con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación', hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera '[...]otra pensión o recompensa de carácter nacional'.

[...]

5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.

*6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe la posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la '[...]pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año', que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B, No.2, artículo 15 lb.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que **dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de haber estado vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 'tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia [...]siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos'**. Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley⁵. /Negrilla de la Sala/*

En el presente caso, revisado el texto de la Resolución N°18763 del 17 de julio de 2002, se puede observar que la misma fue expedida por la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal, la cual se encargaba en su momento del reconocimiento y pago de la pensión gracia, así como de su reliquidación, en favor de los docentes beneficiarios de esa prestación vitalicia. Así mismo, se indica que la docente aquí demandada fue pensionada mediante la Resolución No. 9256 del 28 de agosto de 1995, con efectos fiscales a partir del 31 de enero de 1993, esto es, a la edad de 50 años, siendo precisamente ésta la edad que se requiere para acceder a ese tipo de pensión. Si bien es cierto que las leyes 33 y 62 de 1985 se citan en la referida resolución como fundamento legal para establecer la tasa de reemplazo

⁵ Expediente S-699 del 26 de agosto de 1997, actor: Wilberto Therán Mogollón, consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

aplicable (75%), también lo es que, se cita en igualdad de importancia la Ley 37 de 1933, norma en virtud de la cual se extendió el derecho a la pensión gracia a los maestros que hubiesen completado los años de servicio señalados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria. /fls. 126 a 128, C. 1/

Sumado a lo anterior, obra en el expediente un derecho de petición suscrito por el apoderado de la señora María Doris Uribe de Valencia, en el cual se solicita a Cajanal la revisión de la pensión gracia reconocida mediante Resolución No. 9256 del 28 de agosto de 1995 y reliquidada por medio de la Resolución No. 18763 del 17 de julio de 2002. /fls. 136 y 137, C. 1/

Así las cosas, no le asiste razón al a quo para afirmar que no están dadas las condiciones para acceder a la medida provisional deprecada en la demanda y que por tanto, resulta necesario avanzar en el proceso y agotar la etapa probatoria respectiva en orden a establecer, sin lugar a hesitación, la naturaleza de la plaza ocupada por el titular del acto administrativo de reconocimiento pensional.

Todo lo anterior es reiterado en la Resolución No. 5104 del 24 de enero de 2006, expedida por Cajanal, mediante la cual se niega la reliquidación de pensión gracia por nuevos factores salariales. /fls. 154 a 157, C./ Aunque para esa data ya se había reliquidado la pensión gracia por retiro definitivo del servicio, la docente buscó una nueva reliquidación pero centrando la discusión en los factores a tener en cuenta para esos efectos.

Así las cosas, para esta Sala no existe duda que las peticiones y los correlativos pronunciamientos de Cajanal, a los cuales se ha hecho referencia con anterioridad, aluden a la pensión gracia y no a la pensión ordinaria de vejez, motivo por el cual sí resulta viable pronunciarse de fondo sobre la medida cautelar de suspensión provisional del acto administrativo cuya nulidad se deprecia en la demanda.

1.1. De la reliquidación de la pensión gracia por retiro definitivo del servicio.

Se encuentra demostrado que por medio de la Resolución No. 18763 del 17 de julio de 2002, la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal reliquidó una pensión gracia por retiro definitivo del servicio de la docente María Doris Uribe de Valencia, computando para el efecto los nuevos tiempos de servicios prestados con posterioridad a la adquisición del estatus pensional (31 de enero de 1993) y hasta la fecha de retiro definitivo del servicio (18 de julio de 2001).

No obstante, tal y como lo hace ver la parte demandante, la pensión gracia se reconoce con base en lo devengado en el año estatus o año de consolidación del derecho pensional y no

es susceptible de reliquidación por nuevos tiempos cumplidos con posterioridad y en razón al retiro definitivo de la docencia, como sí ocurre con la pensión ordinaria de vejez que se reconoce con base en los aportes realizados al sistema.

En relación con la base de liquidación de la pensión gracia, el Consejo de Estado⁶ ha dicho:

“En cuanto a la cuantía de la pensión gracia, se advierte que no se liquida con base en aportes, pues ésta es una pensión especial, y según el artículo 1º de la Ley 114 de 1913, inicialmente la cuantía de la prestación era la mitad del sueldo que hubiere devengado el empleado en los dos últimos años de servicio. Posteriormente, el artículo 3 de la ley 37 de 1933, señaló que “las pensiones de jubilación de los maestros de escuela, rebajadas por decreto de carácter legislativo, quedaran nuevamente en la cuantía señalada por las leyes.” Después, el artículo 4º de la Ley 4ª de 1966, reglamentado por el artículo 5º del Decreto 1743 de 1966, determinó que las pensiones de jubilación o de invalidez de los servidores de las entidades de derecho público se liquidarán y pagarán tomando como base el 75% del promedio mensual del salario devengado durante el último año de servicio. Las referidas normas no excluyeron la pensión especial graciosa.

[...]

En este orden de ideas, en materia liquidación y la forma de establecer la cuantía en relación con la pensión gracia, la tesis jurisprudencial consolidada radica en que la misma se liquida en el equivalente al 75% del promedio de todos los factores devengados durante el año anterior a la fecha de adquisición del estatus pensional.”

En posterior oportunidad, la Alta Corporación⁷ expuso:

En este sentido, el aspecto neurálgico que ha generado mayor controversia entre los beneficiarios de la pensión gracia, corresponde precisamente a la forma como se debe liquidar por parte de la Caja Nacional de Previsión, en virtud a que dicha Entidad ha adoptado para tal efecto las normas anteriormente mencionadas -Ley 33 y 62 de 1985- sin consultar su adecuada aplicación, procedimiento con el cual quedan excluidos de la liquidación de esta prestación especial, una serie de factores salariales que sin duda alguna afectan los intereses económicos y patrimoniales de los pensionados, quienes en forma injusta ven menguada su prestación, debido a una errónea interpretación y aplicación de la Ley.

*Al respecto, resulta claro que la excepción analizada anteriormente, consagrada en la Ley 33 de 1985, impide la aplicación de las disposiciones generales allí contenidas frente a la liquidación pensional de la pensión aludida, por lo que se habilita la observancia de lo dispuesto en éste sentido en el régimen anterior contenido en la **Ley 4ª de 1966 y en su Decreto Reglamentario -1743 de 1966- referenciados inicialmente**, ya que no discriminó ni excluyó de su aplicación pensión alguna de las percibidas por los servidores oficiales. **Así, la pensión gracia al tenor de estas disposiciones debe liquidarse en la forma allí señalada, esto es, tomando como base el promedio mensual de los salarios obtenidos en el último año de servicios; sin embargo debe precisarse que a diferencia de las pensiones ordinarias, ese último año de servicios refiere el año anterior a la adquisición o consolidación del derecho pues es el momento a partir del cual empieza efectivamente a devengarse en tanto su carácter***

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: César Palomino Cortés. Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 25000-23-42-000-2014-00890-01(4284-15)

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00286-01(0752-19)

especial admite su compatibilidad con el salario, de manera que para su percepción no es necesario el retiro definitivo del servicio, es decir, que el derecho se perfecciona con el cumplimiento de la totalidad de requisitos establecidos por el Legislador para su otorgamiento, lo que hace improcedente su reliquidación con base en los factores salariales devengados en el año anterior al retiro [negrilla de la Sala].

De acuerdo con la jurisprudencia arriba transcrita la pensión gracia debe ser liquidada con el 75% de la totalidad de los factores salariales devengados por el docente en el año anterior a la adquisición del estatus pensional, de conformidad con la Ley 4.^a de 1966 y el Decreto 1743 de ese año, por cuanto expresamente el artículo 1 (inciso 2) de la Ley 33 de 1985 excluyó las pensiones especiales del régimen ordinario allí previsto.”

Emerge claro entonces que la resolución sub iudice desconoce el marco legal y el precedente jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado en relación con la improcedencia de reliquidar la pensión gracia por retiro definitivo del servicio, todo lo cual conlleva a revocar el auto materia de apelación, para, en su lugar, acceder a la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 18763 del 17 de julio de 2002, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal reliquidó una pensión gracia por retiro definitivo del servicio de la docente María Doris Uribe de Valencia.

Los valores dejados de pagar a la demandada en virtud de esta decisión deberán mantenerse por la UGPP en una cuenta especial hasta tanto haya pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho que tiene la demandada a gozar de su pensión gracia en los términos inicialmente reconocidos por la UGPP mediante la Resolución No. 9256 del 28 de agosto de 1995.

Finalmente, se advierte que la presente decisión no implica prejuzgamiento, tal y como lo consagra el artículo 229 del CPACA.

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

III. Resuelve

1. Se revoca el auto del 16 de marzo de 2023, proferido por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se negó una medida cautelar de suspensión provisional.

En consecuencia,

2. Se accede a la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la Resolución No. 18763 del 17 de julio de 2002, por medio de la cual la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal reliquidó una pensión gracia por retiro definitivo del servicio de la docente María Doris Uribe de Valencia.

Los valores dejados de pagar a la demandada en virtud de esta decisión, deberán mantenerse por la UGPP en una cuenta especial hasta tanto haya pronunciamiento definitivo mediante sentencia debidamente ejecutoriada.

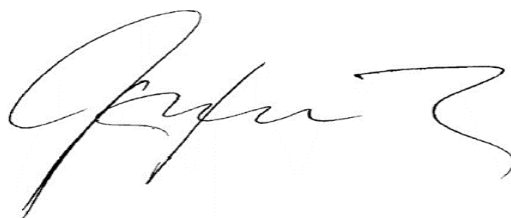
Lo anterior, sin perjuicio del derecho que tiene la demandada a gozar de su pensión gracia en los términos inicialmente reconocidos por la UGPP mediante la Resolución No. 9256 del 28 de agosto de 1995.

3. Se advierte que la presente decisión no implica prejuzgamiento, tal y como lo consagra el artículo 229 del CPACA.

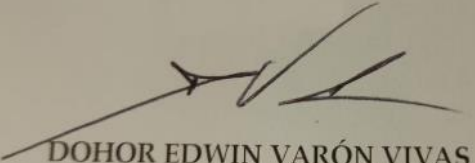
4. Una vez ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

Notifíquese y Cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-33-33-003-2016-00390-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 244

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJIA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por el señor **JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN Y OTROS**, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido contra la **NACIÓN - RAMA JUDICIAL** y la **FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Impetra la parte actora se declaren administrativa y patrimonialmente responsables a las accionadas por los daños y perjuicios producidos a los accionantes, como consecuencia de la privación injusta de la libertad de **JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN**, que tuvo lugar entre el 1º de febrero y el 6 de agosto de 2014.

En consecuencia, solicita se condene a las entidades llamadas por pasiva a pagar en favor de la parte demandante las siguientes sumas:

Perjuicios morales:

DEMANDANTE	CONDICIÓN	PERJUICIOS RECLAMADOS
JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN	Víctima directa.	70 SMMLV
CINDY VIDAL ADARVE	Hija	70 SMMLV
CHRISTIAN VIDAL ADARVE	Hijo	70 SMMLV
LUIS BERNARDO VIDAL MARIN	Padre	70 SMMLV
JOSÉ AUGUSTO VIDAL MARÍN	Hermano	35 SMMLV
MARÍA FABIOLA VIDAL MARÍN	Hermana	35 SMMLV
TIBERIO VIDAL MARIN	Hermano	35 SMMLV

Así mismo, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales, con la respectiva corrección monetaria, a favor de JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN, equivalentes a la suma de \$ 13'943.937 por lucro cesante y \$10'000.000 por daño emergente.

CAUSA PETENDI

- El 28 de enero de 2014, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el Juzgado 2° Promiscuo Municipal de Salamina (Caldas), libró orden de captura contra el señor JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN, en virtud de la denuncia interpuesta en su contra por el señor HERNAN HIDALGO GÓMEZ, por una presunta agresión con arma de fuego.
- El 1° de febrero de la misma anualidad, el Juez Promiscuo Municipal

de Garantías de Aranzazu (Caldas) adelantó las diligencias de legalización de registro y allanamiento, captura y formulación de imputación por los delitos de tentativa de homicidio y fabricación, porte o tenencia de arma de fuego, accesorios, partes o municiones; así mismo, dispuso la imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra del señor JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN.

- Posteriormente, el accionante VIDAL MARÍN pidió la revocatoria de la medida de aseguramiento, solicitud negada por el Juez 2° Promiscuo Municipal de Salamina el 5 de marzo de 2014, y confirmada por el Juez Penal del Circuito de esa municipalidad.
- El 16 de julio de 2014, el juez de conocimiento profirió fallo absolutorio a favor del demandante JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN, decisión confirmada por el Juzgado Penal de Circuito de Aguadas el 5 de diciembre del mismo año.
- La privación de la libertad se extendió desde el 1° de febrero hasta el 6 de agosto de 2014, causando graves perjuicios morales y materiales para el señor JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN, además, trajo consigo preocupación, angustia, vergüenza y un profundo dolor moral, tanto para él como para los miembros de su familia, más aún por la clase de delitos que se le atribuyeron.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como sustento de sus pretensiones, los accionantes invocan los artículos 2, 13, 21, 24, 25, 28 y 90 de la Constitución Política; 65 y 68 de la Ley 270 de 1996; 102 y 140 del C/C.A.; también aluden a la sentencia del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2014 proferida dentro del expediente identificado con el radicado 36.149, para señalar la existencia de una

postura unificada sobre la aplicación de un régimen objetivo para el estudio de la privación injusta de la libertad en casos de absolución por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La NACIÓN- RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL se pronunció oponiéndose a todas las pretensiones de la parte demandante (PDF N° 1, págs. 179 - 184).

Desarrolló su tesis indicando que la detención preventiva impuesta al señor JOSE ARIEL VIDAL MARIN no representa un daño antijurídico, pues cumplió con los requisitos formales y fácticos, estableciendo la necesidad y la proporcionalidad, y adecuándose a las pruebas y a la gravedad del ilícito investigado. Destacó que la detención preventiva no equivale a una sentencia condenatoria, pues para aquella no se requiere una certeza de culpabilidad del individuo, sino un convencimiento de la probabilidad de la responsabilidad del imputado en el hecho punible.

Indicó que la sentencia absolutoria tuvo su origen en el deficiente material probatorio aportado en el curso del proceso penal, y que a su vez, fue la Fiscalía quien con su actuar causó el daño, si es que este existió.

Para finalizar, planteó como excepciones las de 'FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO'; 'FALTA DE LEGITIMACIÓN DE LA CAUSA POR PASIVA DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE MANIZALES', exponiendo que fue la Fiscalía General de la Nación quien en ejercicio de sus facultades, solicitó la captura del demandante y

aportó los elementos probatorios que llevaron al juez de control de garantías al convencimiento de la participación del accionante en el hecho punible; y ‘EXISTENCIA DE UNA EXCEPCIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ESTADO EN CABEZA DE LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL’ referida a que la falencia en el despliegue probatorio de la Fiscalía exonera a la Rama Judicial de cualquier responsabilidad.

A su turno, la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** (PDF N° 1, págs. 200 - 221), luego de objetar los valores estimados por lucro cesante y daño emergente al considerar que estos no fueron probados de debida forma, se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Esto último, argumentando que no se configuraron los supuestos esenciales que permitirían estructurar responsabilidad en su contra, pues actuó de conformidad con la Constitución y la ley, en virtud de la denuncia promovida por la presunta víctima del ilícito, quien señaló de forma clara y directa al señor JOSE ARIEL VIDAL MARIN como uno de los sujetos activos de la conducta punible denunciada.

Como medios de excepción, propuso los de “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA”, argumentando que esa entidad asume el papel de ente acusador frente a conductas punibles, mas no determina las medidas restrictivas aplicables a los acusados, pues la Ley 906 de 2004 adjudica esta labor al juez de control de garantías, quien debe avalar y controlar las actuaciones desplegadas por el ente acusador; e ‘INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL’, exponiendo que no hay relación entre su marco funcional y los presuntos daños causados a los demandantes, con lo cual no se cumplen los requisitos para estructurar una falla en el servicio y a su vez, no surge la responsabilidad patrimonial pretendida con la demanda.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

El Juez 3° Administrativo de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte demandante (PDF N° 11), desestimando inicialmente la excepción de falta de legitimación por pasiva propuesta por las entidades demandadas, para lo cual argumentó que en los casos de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, tanto la Rama Judicial como la Fiscalía General de la Nación pueden concurrir en la producción del daño, pues mientras aquella es competente para efectuar la valoración e imposición de las medidas restrictivas a la libertad, esta se encarga de la investigación y solicitud de imposición de este tipo de medidas.

Al pronunciarse sobre el fondo de la controversia, argumentó que la responsabilidad no surge de manera automática ante la absolución de quien fue privado de la libertad de manera preventiva, pues la medida de aseguramiento no es propiamente una pena, y debe analizarse si el presunto afectado contribuyó para que en el momento de decretarse la medida esta se considerara necesaria.

Bajo esta perspectiva, el *a quo* revisó el material probatorio y determinó que el señor JOSE ARIEL VIDAL MARIN fue capturado producto de una investigación penal que contó con testimonios creíbles sobre su presunta participación en los delitos que le fueron imputados, haciendo que el daño no pueda ser calificado como antijurídico, en tanto carga jurídica que debió soportar el actor. Resaltó que no se presentaron pruebas que rebatan la razonabilidad y proporcionalidad en la que se fundó la valoración que realizó el juez para adoptar la medida de aseguramiento y reiteró que para controvertir lo anterior no es suficiente la sola decisión absolutoria.

Para concluir, el funcionario judicial de primera instancia concluyó que la imposición de la medida de aseguramiento se tomó de acuerdo con las necesidades del momento y dentro de la órbita de competencia del juez de control de garantías, por lo que declaró probadas las excepciones de “FALTA DE CONFIGURACIÓN DE LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO” e “INEXISTENCIA DEL NEXO CAUSAL” lo que condujo a negar las pretensiones de la parte demandante.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo recién referido (PDF N° 14), insistiendo que la valoración y apreciación de la sentencia penal realizada por el juez de primera instancia fue inadecuada y grotesca, puesto que de esta derivaba que el hecho no existió, el demandante no participó y no fue demostrada su responsabilidad, y añadió que el funcionario judicial desconoció la decisión que finalmente se adoptó en la causa penal.

Sostuvo que la responsabilidad del daño sufrido por el demandante está en cabeza tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial, puesto que aquella realizó la solicitud de medida de aseguramiento producto de una falsa denuncia, y esta realizó una deficiente e irresponsable valoración probatoria para imponerla.

Asimismo, reprocha que la decisión del juez fue desproporcionada y arbitraria, ya que el ente investigador en ningún momento contó con respaldo probatorio alguno que permitiera inferir razonadamente la comisión del hecho punible por el demandante. Adicionalmente, alega que del expediente penal y la sentencia absolutoria se logra advertir que el accionante, la víctima directa del daño antijurídico, no actuó con culpa

grave y/o dolo, pues no tuvo intervención en los hechos por los que fue privado de su libertad, y desconocer este elemento implica desatender el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, relativo a la revisión del comportamiento del demandante previo al proceso penal.

En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar, sean concedidas las pretensiones invocadas en el escrito de la demanda.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (PDF N° 21, CDNO. 2): insistió que, aunque en el presente caso se demostró el daño provocado por la privación de la libertad, no fue acreditada su antijuricidad. Apoyada en pronunciamientos jurisdiccionales, destacó que corresponde al juez administrativo revisar si la medida de aseguramiento se tornó desproporcionada y violatoria de procedimientos legales y, afirmó que en este caso, la medida tomada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Aranzazu, con funciones de control de garantías fue idónea, razonable y proporcionada, pues cumplió con las exigencias legales establecidas para el efecto.

PARTE DEMANDANTE (PDF N° 23): en síntesis, ratificó los argumentos presentados en el recurso contra el fallo de primera instancia, precisando que la decisión vulnera la cosa juzgada que deriva del fallo penal en el que se decidió la absolución del accionante, la deficiente valoración probatoria, el desconocimiento del precedente contenido en la sentencia del 15 de noviembre de 2019 del Consejo de Estado, la ausencia de culpa grave o dolo de parte del accionante que diera lugar a la privación de su libertad, y que se encuentra probada la responsabilidad de la entidades demandadas.

MINISTERIO PÚBLICO (PDF N° 25): en su concepto, el fallo de primera instancia debe ser confirmado, por cuanto este se basó en una ajustada y ponderada valoración del acervo probatorio arrimado al proceso y una correcta aplicación de la jurisprudencia unificada que debe orientar la resolución de estos casos, la cual señala que la privación de libertad en el marco de un proceso judicial, rodeado de todas las garantías, no es una actuación irracional o desproporcionada de las autoridades judiciales, sino una carga que todos los asociados deben soportar en aras de valores superiores del ordenamiento jurídico.

Además, destacó que la competencia del juez administrativo no tiene el alcance de una revisión acerca de la inocencia del señor VIDAL MARÍN, sino que está circunscrita a determinar si los elementos probatorios para tomar la medida privativa de la libertad contra el demandante tenían, en ese momento, toda credibilidad, tal como también lo concluyó el juez en su providencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende la parte demandante se declare administrativa y patrimonialmente responsables a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la RAMA JUDICIAL por los daños ocasionados con la privación injusta de la libertad de la que fue objeto el señor JOSE ARIEL VIDAL MARÍN.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Atendiendo a los motivos de apelación, y lo que fue materia de decisión por el Juez *A quo*, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación de los siguientes problemas jurídicos:

- *¿EXISTE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO, CON OCASIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DEL SEÑOR JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN, QUIEN FUE POSTERIORMENTE ABSUELTO DE LOS CARGOS QUE LE FUERON FORMULADOS?*

EN CASO AFIRMATIVO,

- *¿A CUÁL DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS LE ES IMPUTABLE DICHA RESPONSABILIDAD?*
- *¿QUÉ PERJUICIOS DEBEN SER INDEMNIZADOS EN EL SUB LITE?*

(I)

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 dispone:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.” /Resalta la Sala/.

De otro lado, es menester indicar que para que pueda imputarse responsabilidad al Estado en los términos del artículo 90 Superior, es necesario que concurren tres elementos, a saber: i) Que exista un daño antijurídico, ii) que el mismo sea atribuible a una entidad estatal y iii) que haya un nexo causal entre el daño y su imputabilidad al Estado.

Si bien el Constituyente de 1991 no plasmó una definición expresa en del concepto de daño antijurídico, este ha sido perfilado por la jurisprudencia

nacional. En efecto la H. Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, indicó lo siguiente:

‘(...) La noción de daño en este caso, parte de la base de que el Estado es el guardián de los derechos y garantías sociales y que debe, por lo tanto, reparar la lesión que sufre la víctima de un daño causado por su gestión, porque ella no se encuentra en el deber jurídico de soportarlo.

La responsabilidad se deriva del efecto de la acción administrativa y no de la actuación del agente de la Administración causante material del daño, es decir, se basa en la posición jurídica de la víctima y no sobre la conducta del actor del daño, que es el presupuesto de la responsabilidad entre particulares.

Esta figura tal como está consagrada en la norma propuesta, comprende las teorías desarrolladas por el Consejo de Estado sobre responsabilidad extracontractual por falta o falla del servicio, daño especial o riesgo¹ (subraya la sala)".

...

Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo

¹Cita de cita: Augusto Ramírez Ocampo. "Ponencia para segundo debate de la nueva Constitución Política de Colombia" en Gaceta Constitucional No 112, 3 de julio de 1991, pp 7 y 8.

cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo...’ /Líneas de la Sala/.

Más recientemente, en sentencia T-736 de 2012, esa misma Corporación sostuvo:

“Con relación a la noción de daño antijurídico, esta Corporación, siguiendo la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha indicado que el daño se define como “aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar”² y la responsabilidad del Estado se configura no solo cuando el daño es el resultado de una actividad irregular o ilícita, sino también, cuando en el ejercicio normal de la función pública se causa lesión a un bien o derecho del particular, el cual no está obligado a soportar.”

De la jurisprudencia parcialmente traída, se constata que la responsabilidad del Estado se configura cuando se produce una lesión o perjuicio, patrimonial o extrapatrimonial a una persona que no está en el deber jurídico de asumir.

² Cita de cita: Sentencia C-100 de 2001.

PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

La Ley 270 de 1996 en el Capítulo VI estableció el régimen de la responsabilidad del Estado, específicamente el de sus funcionarios y empleados judiciales, instituyendo para el efecto que aquel habrá de responder en los siguientes eventos: i) defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, ii) el error jurisdiccional y iii) la privación injusta de la libertad. Frente al tercer supuesto, el artículo 68 de ese mismo esquema legal dispone que “*Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios*”.

Ante los casos en los que se demanda la responsabilidad estatal por la privación injusta de la libertad, el H. Consejo de Estado había mantenido una postura que propendía por la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, lo que implicaba que, en la práctica, el Estado era responsable en aquellos eventos en los cuales el indiciado que era privado de la libertad, resultara posteriormente absuelto o precluyera la investigación que cursaba en su contra. De esta posición jurisprudencial da cuenta la sentencia de 17 de octubre de 2013 proferida en el expediente identificado con número interno 23.354.

De otro lado, en fallo de diecisiete (17) de octubre de 2013³, el órgano de cierre de esta jurisdicción precisó que la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados en virtud de la privación injusta de la libertad se extiende a aquellas situaciones en las que una persona es absuelta por aplicación del principio *in dubio pro reo*:

(...) Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de

³ Sala Plena de la Sección Tercera. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 52001233100019967459 – 01 (23.354). Demandante: Luis Carlos Orozco Osorio. Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación.

responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad —especialmente de aquellos en los cuales la exoneración de responsabilidad penal tiene lugar en aplicación del principio in dubio pro reo—, debe asimismo admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento, por ejemplo, de la víctima que se haya expuesto, de manera dolosa o culposa, al riesgo de ser objeto de la medida de aseguramiento que posteriormente sea revocada cuando sobrevenga la exoneración de responsabilidad penal; así lo ha reconocido la Sección Tercera del Consejo de Estado.” /Destacado del Tribunal/.

En un ejercicio interpretativo más próximo, la Corte Constitucional, en Sentencia SU- 072 de 2018 con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, precisó:

“Es necesario reiterar que la única interpretación posible -en perspectiva judicial-- del artículo 68 de

la Ley 270 de 1996 es que el mismo no establece un único título de atribución y que, en todo caso, le exige al juez contencioso administrativo definir si la decisión que privó de la libertad a un ciudadano se apartó de los criterios que gobiernan la imposición de medidas preventivas, sin que ello implique la exigencia ineludible y para todos los casos de valoraciones del dolo o la culpa del funcionario que expidió la providencia, pues, será en aplicación del principio *iura novit curia*⁴, aceptado por la propia jurisprudencia del Consejo de Estado, que se establezca cuál será el régimen que ilumine el proceso y, por ende, el deber demostrativo que le asiste al demandante

(...) Definir, una fórmula rigurosa e inflexible para el juzgamiento del Estado en los casos de privación injusta de la libertad contraviene el entendimiento del artículo 68 de la Ley 270 de 1996 y de paso el régimen general de responsabilidad previsto en el artículo 90 de la Constitución Política

Determinar, como fórmula rigurosa e inmutable, que cuando sobrevenga la absolución por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia - aplicación del principio *in dubio pro reo*-, o incluso en otros eventos, por ejemplo, cuando no se acreditó el dolo, es decir, operó una atipicidad subjetiva, el

⁴ El juez conoce el derecho. En la sentencia T-577 de 2017 se entendió que: “corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...) la determinación correcta del derecho”.

Estado debe ser condenado de manera automática, esto es, a partir de un título de imputación objetivo, sin que medie un análisis previo que determine si la decisión a través de la cual se restringió preventivamente la libertad fue inapropiada, irrazonable, desproporcionada o arbitraria, transgrede un precedente constitucional con efecto erga omnes, concretamente la sentencia C-037 de 1996”
/Resaltados de la Sala/.

La jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado ha acogido esta línea hermenéutica, como lo denota la sentencia proferida dentro del expediente 66001-23-31-000-2011-00235-01(46947) A (número interno 46.947), de 6 de agosto de 2020, con ponencia del Magistrado José Roberto SÁCHICA MÉNDEZ, en la cual expuso lo siguiente:

“De conformidad con el criterio expuesto por dicha Corporación [Corte Constitucional], el carácter injusto de la privación de la libertad debe analizarse a la luz de los criterios de razonabilidad, proporcionalidad y legalidad de la medida de aseguramiento, de ahí que se deba determinar en cada caso si existía o no mérito para proferir decisión en tal sentido, pues de no serlo, se puede llegar a comprometer la responsabilidad del Estado

Concordante con lo anterior, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU-072 de 2018, que ningún cuerpo normativo -a saber, ni el artículo 90 de la Constitución Política, ni el artículo 68 de la Ley 270

de 1996, ni la sentencia C-037 de 1996- establece un régimen de responsabilidad específico aplicable en los eventos de privación de la libertad; entonces, el juez es quien, en cada caso, debe realizar un análisis para determinar si la privación de la libertad fue apropiada razonable y/o proporcionada, o en otros términos, si devino o no en injusta.

...

...

Así las cosas, el hecho de que una persona resulte privada de la libertad dentro de un proceso penal que termina con sentencia absolutoria o con resolución de preclusión, no resulta suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, toda vez que se debe determinar si la medida restrictiva resultó injusta y, en tal caso, generadora de un daño antijurídico imputable a la administración. /Resaltado fuera del texto/.

Finalmente, en fallo de 19 de febrero de 2021 (Exp.50.545), también con ponencia del Magistrado José Roberto Sáchica Méndez, el órgano de cierre de esta jurisdicción concluyó:

“(...) De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el

ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas.

Por tanto, y a pesar de la existencia de un daño (limitación del derecho a la libertad), este no puede calificarse como antijurídico y, en consecuencia, no surge para el Estado el deber jurídico de repararlo (...)” /Resaltado fuera del texto/.

Bajo al anterior marco hermenéutico, abordará la Sala de Decisión los cuestionamientos de fondo contra el fallo materia de apelación.

(II)

EL CASO CONCRETO

En primera instancia, la decisión adversa a las pretensiones de la parte actora estuvo mediada por la ausencia de configuración de los elementos que permiten determinar la responsabilidad del estado, específicamente por la no antijuridicidad del daño, representado en la privación de la libertad del señor JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN.

En contraposición, el apelante afirma que el juez de primera instancia brindó un sentido diferente a la decisión emitida por el juez penal con respecto a los elementos probatorios que condujeron a que ordenara la privación de su libertad de forma preventiva, pero además, la parte pretende la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, que en

su sentir, es el llamado a gobernar los casos en los que el proceso penal culmina con una decisión absolutoria.

De entrada, el Tribunal descarta la tesis expuesta por el accionante, en punto al régimen objetivo cuya aplicación reclama en el *sub lite* como marco del análisis. Ya en el anterior apartado, la Sala aludió con suficiencia que la postura vigente de la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa propugna por un análisis de los pormenores de cada caso, sin establecer reglas rígidas, pétreas o inflexibles en relación con el régimen de responsabilidad, pues de lo contrario, se desatendería la teleología del régimen de responsabilidad plasmado en el artículo 90 del texto fundamental, y el 68 de la Ley 270 de 1996 tratándose de juicios por privación injusta de la libertad.

Por el contrario, si en algo es diáfana la jurisprudencia, es en la necesidad de que el juez adelante el estudio de la medida restrictiva de la libertad bajo la perspectiva de la proporcionalidad, la legalidad y la razonabilidad, elementos que de suyo riñen con la pretensión de atribución automática o mecánica de responsabilidad al Estado, por el solo hecho de que quien fue sujeto de una investigación penal resulte finalmente absuelto por el juez de conocimiento. Como se anotó, la jurisprudencia en la actualidad es absolutamente diáfana y conteste sobre el particular.

Son estos puntos los que marcan el debate jurídico en torno a la privación de la libertad, y los que permitirán al funcionario judicial de lo contencioso administrativo determinar si la medida privativa desbordó los cánones que le sirven de causa, permitiendo que la restricción del derecho se torne en antijurídica, o si por el contrario, la decisión adoptada por el juez de control de garantías responde adecuadamente a los objetivos que subyacen a esta institución procesal penal.

Al respecto, y en consonancia con lo planteado en el fallo apelado, de capital importancia resulta la distinción que existe entre la carga probatoria necesaria para proferir una condena de fondo dentro de un proceso penal (escenario que escapa por completo a la órbita de este Tribunal), y la función del juez de control de garantías, quien debe centrar su análisis en la procedencia de una medida de aseguramiento conforme las pautas establecidas por la ley.

El artículo 308 del Código de Procedimiento Penal es explícito sobre el particular:

“El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.

2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.

3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia” /Destacado de la Sala/.

En concordancia con el carácter preventivo y transitorio de la medida de aseguramiento, la Corte Constitucional en las Sentencias C - 106 de 1994

y C-327 de 1997, así como el Consejo de Estado en providencia citada líneas atrás (Exp. 50.545), expresó:

“...

Así pues, desde la óptica de la responsabilidad del Estado, solo será objeto de reproche y reparación la falla derivada del incumplimiento o de la omisión de las autoridades respecto de los presupuestos legales necesarios para imponerla, evento en el cual la privación de la libertad se tornará en arbitraria; o la falta de acatamiento de los términos legales que deben correr una vez se materializa la captura, caso en el cual se configura una prolongación indebida de la privación de la libertad.

De manera que, si se limita la libertad de un ciudadano en cumplimiento de una orden de captura debidamente dispuesta o dentro de los eventos de la flagrancia y en acatamiento de los términos legales previstos para tal fin, la detención emerge como una carga que se está en el deber jurídico de soportar y que se justifica en el ejercicio legítimo de la acción penal y del poder coercitivo del Estado, que propende por la investigación de las conductas que revisten las características de delitos y la individualización de los presuntos autores de las mismas” /Destaca la Sala/.

Por estas razones, aunado al marco hermenéutico planteado en el primer segmento de este fallo, al demandante no le basta con acreditar que fue absuelto de los cargos penales para que surja de forma inmediata o automática la responsabilidad estatal, como erradamente lo entiende el recurrente VIDAL MARIN. Por el contrario, resultaba menester que, en esta causa judicial, el accionante probara que la medida privativa de la libertad carecía de fundamento, fue irracional, desproporcionada o contraria a los elementos que finalmente le sirvieron de justificación.

En este escenario, no existe discusión acerca del daño, representado en la privación de la libertad del señor VIDAL MARÍN entre el 1° de febrero y el 5 de agosto de 2014, en virtud de la decisión adoptada por el Juez Promiscuo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Aranzazu (Caldas), por su presunta participación en el ilícito de homicidio tentado en concurso con porte ilegal de armas de fuego o municiones. Este aspecto no solo fue aceptado por ambos extremos procesales, sino que halla cabal acreditación en el plenario (PDF N° 01 PÁGS. 529 Y SS).

Conforme se anticipó por este juez colegiado, el debate surge sobre el carácter antijurídico o no de ese daño, pues fue este aspecto lo que motivó la decisión negativa frente a las pretensiones de reparación del accionante VIDAL MARÍN. Y en consonancia con los racionamientos del juez de primera instancia, el Tribunal concluye que aun cuando hubo daño por la medida restrictiva de la libertad, esta no se ubica en el terreno de lo antijurídico, más aún cuando ningún elemento de juicio permite al menos cuestionar que la medida de aseguramiento del accionante haya superado los límites de la razonabilidad, la proporcionalidad y la legalidad.

En efecto, se tiene que el 28 de enero de 2014, por solicitud de la Fiscalía General de la Nación, el Juez 1° Municipal de Salamina ordenó la captura de varias personas, entre ellas el señor JOSÉ ARIEL VIDAL MARÍN, por su

presunta participación en los delitos de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones con circunstancias de agravación punitiva en concurso heterogéneo con tentativa de homicidio (PDF N°1 págs. 530-538).

De los planteamientos presentados por el ente investigador para solicitar la orden de captura, la Sala destaca el siguiente segmento:

‘(...) mediante denuncia presentada por la víctima HERNÁN HIDALGO GONZÁLEZ, indicó que el 17 de noviembre de 2013, siendo aproximadamente las (8:30 A.M), cuando se desplazaba por un camino que conduce a la Finca el Jardín de la Vereda la AMOLADORA DEL HOYO, cerca a la Vereda la unión de este municipio, con su caballo el cual cargaba un bulto de Papa, escuchó unos ruidos en un matorral y al verificar los mismos, sintió cuando le dispararon a la altura del pabellón auricular derecho, afectando también el hueso temporal de ese mismo lado, después escuchó otro disparo el cual impacto en la pospierna derecha del equino; en ese instante observó a tres individuos quienes pertenecen a una misma familia, los cuales salieron en búsqueda del denunciante con el fin de asesinarlo, logrando escapar de ellos. Reconoció a dichos sujetos como JOSÉ ARIEL VIDAL MARÍN, JOSÉ EUCLIDES VIDAL OCAMPO y JOSÉ VIDAL OCAMPID, que al parecer realizaron dicho atentado, debido a que en meses anteriores a JOSÉ EUCLIDES VIDAL OCAMPO le habían disparado el señor HERNÁN HIDALGO GONZÁLEZ; mediante dictamen médico legal se estableció como secuelas permanentes deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente, con una incapacidad de veinte (20) días. Mediante orden de trabajo metodológico emitida por el señor Fiscal, se ordenó a la Policía Judicial de esta localidad, la Inspección Judicial del lugar de los hechos la cual se realizó el 27 de noviembre del año anterior, recepción de entrevistas de varios familiares de la víctima y la plena identificación de

los indiciados quienes fueron identificados plenamente como JOSÉ ARIEL VIDAL MARÍN, JOSÉ EUCLIDES VIDAL OCAMPO y JOSÉ VIDAL OCAMPO, sin que exista aun constancia donde se demuestre que los encartados posean permiso para el porte de armas de fuego’.

Cumplida la orden, el 1° de febrero de 2014, se llevó a cabo audiencia ante el Juez Promiscuo Penal Municipal de Garantías de Aranzazu (Caldas), quien declaró la legalidad del allanamiento en el que la Policía Judicial incautó un arma de fuego tipo escopeta en la vivienda de JOSÉ ARIEL VIDAL MARÍN, así mismo, indicó que la captura fue legal y accedió a la solicitud de medida de aseguramiento deprecada por el ente acusador, argumentando que se cumplen las exigencias de los artículos 308 y 313 del Código de Procedimiento Penal, y además, indicando que esta medida se justificaba por el peligro para la víctima. Esta decisión no fue apelada por el abogado defensor del señor VIDAL MARÍN (PDF N° 1 pp. 547 - 553).

De lo anterior emerge que la imposición de la medida de aseguramiento obedeció a una valoración razonable, legal y proporcional de los elementos presentados por el ente acusador en el contexto propio de la audiencia de control de garantías, que se insiste, es absolutamente diferente al del juez de conocimiento de la causa penal. De ahí que la Sala advierta que contrario a lo planteado por el apelante, la decisión no puede calificarse de arbitraria o caprichosa, pues el juez de control de garantías contaba con el relato de la víctima, quien reconoció haber sido lesionado por el accionante y otros miembros de su grupo familiar, además del material acopiado en las labores de policía judicial, como el dictamen médico que constata la lesión con arma de fuego y la incautación de la escopeta en la vivienda del indiciado, sin los permisos de ley. De ahí que el funcionario judicial haya inferido de forma razonable que existía un peligro para la víctima que legitimaba la adopción de la decisión de privación de la libertad.

Inclusive, es del caso anotar que posteriormente, la defensa del accionante presentó una solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, que resultó frustrada en las dos instancias penales que la conocieron, pues los funcionarios judiciales no encontraron que los elementos que sustentaron su imposición hubieran desaparecido, incluso, los jueces advirtieron que la nueva versión de la víctima sobre los hechos, que fue aportada con esa solicitud, no resultaba plenamente creíble, pues cambiaba totalmente lo manifestado en la denuncia inicial, y tuvo en cuenta que la víctima manifestó haber recibido amenazas PDF N° 1 págs. 578 - 582, 640 - 668).

Retomando el hilo argumentativo, el elemento cardinal del análisis por esta jurisdicción reside en los fundamentos que el juez de control de garantías tuvo a la hora de imponer al accionante JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN la privación preventiva de su libertad, aspecto frente al cual la parte demandante no aportó ningún elemento de juicio que permita al menos rebatir o poner en duda tales raciocinios, más aún, tampoco hizo cuestionamientos puntuales o concretos que revelen que la decisión del juez de control de garantías a este respecto fue irracional, desproporcionada, o que se haya alejado de los patrones normativos establecidos en el artículo 308 de la ley procesal penal, citado en párrafos anteriores.

Por el contrario, el grueso de los argumentos de la parte actora gira en torno a la decisión de absolución en sede penal, aspecto que como lo ha recabado la Sala a lo largo de este discurso judicial, es insuficiente para calificar un contexto previo, diferente y con ribetes propios como lo es el del juez de control de garantías. En otros términos, el hecho de que el señor VIDAL MARÍN haya sido absuelto por el juez de conocimiento, no conduce de forma automática a afirmar que su detención preventiva haya

sido arbitraria, pues para ello se requería haber rebatido los fundamentos puntuales de esa decisión, lo cual brilla por su ausencia en este juicio de reparación directa.

No sobra reiterar que la jurisprudencia vigente en lo contencioso administrativo es conteste al pregonar que no basta demostrar la absolución de un indiciado en sede penal como fundamento de la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo, como el que pretende se aplique el demandante VIDAL MARÍN.

Y en cuanto a la alusión que hace el accionante al precedente del Consejo de Estado en la sentencia del 15 de noviembre de 2019 dentro del proceso de reparación directa con radicado 11001-03-15-000-2019-00169-01(AC), basta anotar que este caso gira en torno a la causal de exoneración de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima, cuestión alejada por completo del escenario fáctico que convoca este debate judicial.

En conclusión, la Sala coincide con los razonamientos del juez de primera instancia, pues no existe evidencia de que la privación preventiva de la libertad del actor JOSE ARIEL VIDAL MARÍN se haya separado de los postulados que legitiman este tipo de medidas en el derecho procesal penal, en tanto nula acreditación se hizo de este punto, y en contraste, los planteamientos de la apelación se dirigieron a insistir en la supuesta responsabilidad estatal a partir de la absolución del accionante, y a la aplicación automática de un régimen objetivo de responsabilidad, aspectos que como se vislumbró, han sido rebatidos por la jurisprudencia de esta jurisdicción especializada en sus tesis vigentes sobre el particular.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Como quiera que habrá de confirmarse la sentencia, se condenará en costas a los apelantes, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 365 del CGP (Ley 1564/12). Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en el 0.5% del valor de las pretensiones, también a cargo de los demandantes y a favor de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1.3 del Acuerdo N° 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 3º Administrativo de Manizales, con la cual denegó las pretensiones formuladas por el señor **JOSÉ ARIEL VIDAL MARIN Y OTROS**, dentro del proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** promovido contra la **NACIÓN - FISCALÍA GENERAL** y la **RAMA JUDICIAL**.

COSTAS en esta instancia a cargo de la **PARTE DEMANDANTE** Las agencias en derecho en esta instancia se fijan en el 0.5% del valor de las pretensiones, también a cargo de los demandantes y a favor de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1.3 del Acuerdo N° 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

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°060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17-001-33-33-002-2017-00241-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 243

La Sala 4ª Oral 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 emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **GABRIELINA PINEDA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, y como llamada en garantía la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA

I) Se declare la nulidad de las Resoluciones RDP 020501 de 25 de mayo de 2015, RDP 015315 de 12 de abril de 2016 y RDP 024861 de 1º de julio de 2016.

A título de restablecimiento del derecho:

i) Se ordene el reajuste pensional conforme los nuevos valores que le fueron reconocidos en virtud del proceso de homologación y nivelación salarial adelantado por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, aplicando el régimen previsto en las Leyes 33 y 62 de 1985 e incluyendo la prima técnica. Así mismo, se pague el correspondiente retroactivo pensional.

ii) Se condene en costas a la accionada.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

✚ La demandante nació el 24 de septiembre de 1947, prestó sus servicios a la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas hasta el 15 de abril de 2004, y le fue reconocida una pensión de vejez mediante la Resolución N° 17881 de 10 de septiembre de 2003, con inclusión de la prima técnica, supeditada al retiro del servicio.

✚ Anotó que la pensión fue reajustada en el año 2016, pero inexplicablemente, no se tuvieron en cuenta factores como la prima técnica, alimentación mensual y las primas de navidad, vacaciones y de servicios, a pesar de su condición de beneficiaria de la transición consagrada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que, por ende, su régimen pensional es el establecido en la Ley 33 de 1985. En ese orden, cuestionó que la liquidación pensional se haya hecho con el promedio de los últimos 10 años y no con lo devengado en el último año de servicios.

✚ Indicó, igualmente, que fue beneficiaria del proceso de homologación y nivelación salarial emprendido por el DEPARTAMENTO DE CALDAS, respecto de los empleados administrativos de la Secretaría de Educación, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones, lo que varía sustancialmente el IBL de su pensión. Refirió que sobre los valores homologados se hicieron aportes con destino al sistema pensional, salvo en lo referido a la prima técnica, pues el DEPARTAMENTO DE CALDAS estimó que no es factor salarial.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Se invocan: Constitución Política, arts. 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53 y 58; Decreto 2277 de 1979; Ley 115 de 1994; Ley 33 de 1985, artículos 1 y 3; Ley 62 de 1985; Ley 100 de 1993, arts. 36 y 288. Como concepto de la violación, se limitó a transcribir algunos apartados de sentencias de unificación del Consejo de

Estado, en las que avala la postura de liquidar las pensiones con base en todo lo devengado en el último año de servicios, a partir de la consideración de que el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 no enuncia de forma taxativa los factores que han de tenerse en cuenta para establecer la base pensional. Finalmente, itera que en su caso debe tenerse en cuenta la prima técnica, devengada desde el año 1992 por evaluación del desempeño, como lo ha establecido la jurisprudencia del máximo órgano de esta jurisdicción.

En suma, refiere que para el cómputo de la pensión de jubilación debe tomarse la totalidad de factores salariales devengados por el trabajador atendiendo al criterio de progresividad que orienta las prerrogativas laborales, más aun cuando la remuneración del empleado está constituida por todo lo devengado como contraprestación por sus servicios.

CONTESTACIÓN AL LIBELO DEMANDADOR

La **UGPP** contestó la demanda de manera oportuna /fls. 215-235/, formulando las excepciones denominadas ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, sustentada en el hecho de que los actos demandados no vulneran ninguna norma de orden constitucional o legal; ‘IRRETROACTIVIDAD’, ante la pretensión de incluir factores homologados más de 10 años después de reconocida la pensión; ‘PRESCRIPCIÓN’ con base en los Decretos 3135/68 y 1848/69 y los artículos 488 del CST y 151 DEL CPT; y ‘GENÉRICA’, por lo que solicita se declare cualquier vicio que de oficio advierta el juez en el curso del proceso.

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Actuando de manera oportuna, la UGPP formuló llamamiento en garantía frente a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN, a través del libelo de folios 1 a 4 del cuaderno N°2, sustentado en el hecho de que esa entidad como empleadora de la hoy pensionada era quien debía realizar los descuentos sobre los factores salariales cuya inclusión ahora se pretende, y por ende, en caso de resultar

condenada, considera que le asiste derecho a obtener el reembolso de los dineros correspondientes a las cotizaciones que debió efectuar la entidad empleadora.

CONTESTACIÓN DEL LLAMADO EN GARANTÍA

Con el escrito que reposa en el documento de folios 9 a 22 del cuaderno 2, la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN** se pronunció sobre el llamamiento en garantía formulado por la UGPP, al cual se opuso, planteando como medios de excepción los de ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, en tanto ese órgano no es subrogatario de obligaciones que atañen a los entes territoriales certificados en educación; ‘INEXISTENCIA DEL DEMANDADO’, reiterando que no interviene en el proceso de reconocimiento pensional; ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DEMANDADA POR INEXISTENCIA DE CAUSA JURÍDICA’, arguyendo que la inclusión de los factores salariales deprecados es ilegal; ‘PRESCRIPCIÓN’ con base en el Decreto 3135 de 1968; ‘BUENA FE’, por cuanto el pago de las obligaciones pensionales también involucra la disponibilidad presupuestal; y la ‘GENÉRICA’.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 2ª Administrativa de Manizales accedió parcialmente a las pretensiones de la parte demandante /fls. 255-268/.

Aludiendo a las recientes posturas de unificación del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, precisó que las pensiones de quienes son beneficiarios del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, deben liquidarse con el IBL de este régimen general, bajo el entendido de que este elemento no quedó incluido en los beneficios de la transición y, por ende, no puede gobernarse por las normas anteriores. En el caso de la accionante, el IBL está integrado por el tiempo que le faltaba para adquirir el derecho, pues le restaban menos de 10 años, suma actualizada con el IPC, y con los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994.

Por tal razón, denegó la pretensión de reajuste pensional con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, así como la inclusión de las primas de servicios, de vacaciones y de navidad, por no hallarse enlistadas en dicho ordenamiento decretal.

Respecto a la prima técnica, indicó la funcionaria judicial que este rubro fue tenido en cuenta en el acto primigenio de reconocimiento pensional, pese a estar enlistado como factor no salarial en las certificaciones expedidas por la entidad territorial donde laboró la demandante, por ello, aun cuando fue reconocida, en principio no procedía la reliquidación pensional tomando este rubro; no obstante, consideró que si la UGPP reconoció este factor inicialmente, no podía luego negar su reajuste, pues se trata en últimas de la revocatoria unilateral de un acto particular sin el consentimiento de la beneficiaria, proscrito por el ordenamiento legal.

En conclusión, accedió a las pretensiones de la parte demandante, únicamente en lo que atañe a la reliquidación pensional con la inclusión del valor homologado de la prima técnica.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló la sentencia de primera instancia con el documento de folios 271 a 285 del cuaderno principal. En primer término, explicó que la demandante no tiene derecho al reajuste de su pensión con la inclusión de la prima técnica en la base de liquidación, pues de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1661 de 1991, este rubro únicamente constituye factor salarial cuando se confiere por experiencia altamente calificada o título de estudios en formación avanzada, y no como ocurrió en el caso de la actora, que la obtuvo por evaluación satisfactoria del desempeño.

Y aludiendo de modo extenso a las posturas vigentes sobre los alcances del régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, indicó que a la nulidisciente no le asiste derecho a percibir el reajuste con los

valores homologados de la prima técnica, conforme fue concedido en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue, por modo, la parte demandante, se reajuste la pensión de vejez con la inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios, así mismo, con los valores actualizados producto del proceso de homologación y nivelación salarial.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo la postura de la apelante, así como los argumentos plasmados por la jueza de primera instancia, para esta Sala de Decisión, el fondo del asunto se contrae a la dilucidación del siguiente problema jurídico:

- ***¿Resulta procedente la reliquidación pensional con la inclusión del mayor valor devengado por concepto de homologación y nivelación salarial por la demandante, específicamente en lo referido a la prima técnica?***

(I)

INCLUSIÓN DE LA PRIMA TÉCNICA EN LA LIQUIDACIÓN PENSIONAL

Las súplicas de la demandante GABRIELINA PINEDA, se contraen al reajuste de la pensión de jubilación con base en los valores resultantes del proceso de homologación y nivelación salarial adelantado por el DEPARTAMENTO DE CALDAS respecto a los empleados de servicios generales de la Secretaría de Educación, financiados con recursos del Sistema General de Participaciones.

De manera específica, impetra la accionante se tengan en cuenta en la base pensional las primas de servicios, de navidad, de vacaciones y de alimentación, así como la prima técnica.

Respecto a los primeros, las súplicas fueron denegadas por la jueza de primera instancia, al considerar que, como beneficiaria del régimen de transición pensional previsto en el canon 36 de la Ley 100 de 1993, los factores salariales que sirven para liquidar la pensión de la demandante son solo aquellos enlistados en el Decreto 1158 de 1994, y por ende, la inclusión de los rubros deprecados en la base de liquidación no tiene ningún respaldo legal. Como esta decisión no fue apelada por la parte actora, la inclusión de tales emolumentos se halla sustraída del debate judicial en segunda instancia.

En cambio, en lo que atañe a la prima técnica, la jueza ordenó incluirla en la reliquidación pensional, decisión confutada por la UGPP, por lo que será este el único punto sobre el que deba pronunciarse esta colegiatura.

Según la hermenéutica jurisprudencial vigente sobre el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, quienes están amparados por dicha norma tienen derecho a que la edad, el tiempo de servicios y la tasa de reemplazo o porcentaje previstos en la legislación anterior, sean tenidos en cuenta para su reconocimiento pensional. En el caso de la señora GABRIELINA PINEDA, en estos aspectos se halla cobijada por la Ley 33 de 1985, tema sobre el cual no existe discusión.

Así mismo, en punto a los factores salariales, la entidad de previsión debe sujetarse a los mandatos del Decreto 1158 de 1994, compilado en el artículo 2.2.3.1.3. del Decreto 1833 de 2016, norma que consagra lo siguiente:

“ART. 1º—El artículo 6º del Decreto 691 de 1994 quedará así: “Base de cotización.

El salario mensual base para calcular las cotizaciones al sistema general de pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario;

- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna, y
- g) La bonificación por servicios prestados”
/Resalta la sala/.

Respecto al rubro denominado ‘prima técnica’, si bien se halla dentro del catálogo de factores previsto en el Decreto 1158/94, dicho ordenamiento consagra claramente que solo es dable su inclusión cuando sea factor salarial.

Así las cosas, es menester acudir a lo dispuesto en el artículo 7 del Decreto 1661 de 1991¹ que dispone en lo pertinente:

“Artículo 7º.- *Forma de pago, compatibilidad con los gastos de representación.* La Prima Técnica asignada se pagará mensualmente, y es compatible con el derecho de percibir gastos de representación. La Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo” /Resalta el Tribunal/.

A su turno, el artículo 2 del mismo esquema disposicional, establece:

“Artículo 2º.- Criterios para otorgar Prima Técnica. Para tener derecho a Prima Técnica serán tenidos en cuenta alternativamente uno de los siguientes criterios, siempre y cuando, en el primer caso, excedan de los requisitos establecidos para el cargo que desempeñe el funcionario o empleado.

a)- Título de estudios de formación avanzada y experiencia altamente calificada en el ejercicio profesional o en la investigación técnica o científica en áreas relacionadas con las funciones propias del cargo durante un término no menor de tres (3) años; o,

¹ Por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, se establece un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones.

b)- Evaluación del desempeño. El Decreto Nacional 2164 de 1991 reglamenta parcialmente el presente Decreto-Ley)”

En el *sub lite*, de acuerdo con el certificado expedido por la Secretaría de Educación del Departamento de Caldas, está probado que la prima técnica devengada por la señora GABRIELINA PINEDA no era constitutiva de factor salarial, aspecto ratificado por la demandante en el escrito introductor, al manifestar que dicho rubro fue percibido por evaluación del desempeño /fls. 14 y 69/, por lo que tampoco fue objeto de aportes con destino a la seguridad social. En este contexto, en consonancia con las normas que regulan dicho emolumento y la postura adoptada por el H. Consejo de Estado², resulta diáfano que la inclusión de la prima técnica en la liquidación pensional de la demandante es abiertamente contraria al ordenamiento jurídico superior.

Cabe anotar, pese a que la jueza de primera instancia reconoció que no procedía la inclusión de la prima técnica como factor de liquidación pensional, accedió a incorporarla en el reajuste pensional, pues dijo que este rubro ya había sido tenido en cuenta por la UGPP en el reconocimiento pensional inicial, por lo que no tenerlo en cuenta implicaría revocar unilateralmente un derecho particular de la pensionada GABRIELINA PINEDA.

En efecto, la extinta CAJANAL EICE, a través de la Resolución N° 17881 de 10 de septiembre de 2003, reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante GABRIELINA PINEDA, con la inclusión de la prima técnica en la base pensional /fls. 21-25/, factor cuyo reajuste fue negado sistemáticamente y de manera posterior por la UGPP al reliquidar la pensión, mediante las Resoluciones RDP 015315 de 12 de abril de 2016, RDP 020501 de 25 de mayo de 2016, RDP 022847 de 17 de junio de 2016 y RDP 024861 de 1° de julio de 2016 /fls. 33-37, 45-48, 51-54 y 57-60/.

Para el Tribunal, la postura asumida por la jueza de primera instancia no está llamada a ser ratificada en esta instancia procesal, en la medida que desconoce la normativa que expresamente excluye la prima técnica devengada por la

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, Sentencia de cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), Radicación Número: 68001-23-15-000-2002-00283-01(0703-07).

accionante de la base de liquidación salarial, situación diáfana y que no admite interpretaciones, dada la claridad de los preceptos normativos, y las pruebas documentales aportadas por la propia parte actora, que denotan el carácter no salarial de dicho emolumento por tratarse de un reconocimiento por evaluación del desempeño.

Tampoco es dable afirmar, como se hace en el fallo apelado, que el hecho de no autorizar el reajuste pensional con base en la prima técnica irregularmente reconocida, constituya una conducta desconocedora de un supuesto derecho adquirido por la demandante GABRIELINA PINEDA.

En contraste con esta aseveración, el acto de reconocimiento pensional inicial (Resolución N° 17881 de 10 de septiembre de 2003) permanece incólume, incluso con la prima técnica dentro de la base pensional de la demandante, pues, se itera, aunque su reconocimiento contradice las normas sobre el particular, es cierto que esta declaración administrativa no ha sido demandada por la UGPP, y no hace parte de este debate judicial. En esta medida, el hecho de haber tenido en cuenta la prima técnica en su valor inicial como parte de los factores pensionales, en modo alguno se desconoce en este juicio subjetivo de anulación.

Sin embargo, ello no deriva en que este juez colegiado deba permanecer indemne ante la constatación de la ilegalidad de la inclusión de la prima técnica, pero que, además, deba ordenar aumentar el valor de este reconocimiento irregular, so pretexto de la existencia de un derecho adquirido, hermenéutica que como se dijo, no es de recibo para esta Sala.

El único derecho adquirido que puede plantearse en el caso de la demandante GABRIELINA PINEDA es la prerrogativa que tiene al pago de dicha prima técnica, que en efecto recibió, incluso, se insiste, el reconocimiento pensional inicial con la inclusión de este rubro no es materia de discusión en el sub-lite, por lo menos en este proceso, por lo que también se mantiene incólume.

Situación totalmente diferente sería considerar que, a partir de lo anterior, emerge como derecho adquirido la posibilidad de aumentar el valor de un rubro que por disposición legal expresa, no tiene connotación salarial, postura que no

puede ser amparada por esta corporación, y que de suyo, conllevaba a despachar desfavorablemente las súplicas de la accionante.

En conclusión, se revocará la sentencia apelada, y en su lugar se negarán las pretensiones de la parte demandante.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Se condenará en costas de ambas instancias a la parte actora, en virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del canon 365 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia por no haberse causado.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia emanada del Juzgado 2º Administrativo de Manizales, dentro del proceso de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** promovido por la señora **GABRIELINA PINEDA** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP**, y como llamada en garantía la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM**.

En su lugar, **NIÉGANSE** las pretensiones de la parte actora.

COSTAS DE AMBAS INSTANCIAS a cargo de la parte actora. **SIN AGENCIAS EN DERECHO** en esta instancia.

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

ACÉPTASE la renuncia presentada por la abogada MARTHA ELENA HINCAPIÉ PIÑERES al poder conferido por la UGPP, según el memorial visible en el folio 9 del cuaderno 2.

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° 060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Sala Segunda de Decisión

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 350

Radicación:	17001 33 33 002 2018 00415 02
Clase:	Ejecutivo
Accionante:	Marta Libia Betancur Pavas
Accionado:	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

De conformidad con lo previsto en el artículo 125 literal h del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto interlocutorio mediante el cual se negó una medida cautelar de embargo dentro del proceso de la referencia.

I. Antecedentes

- De la solicitud de embargo.

Solicita la ejecutante decretar el embargo de los depósitos de los cuales sea titular la demandada en las siguientes entidades bancarias: BANCO BBVA, BANCO CAJA SOCIAL, BANCOLOMBIA, BANCO POPULAR, BANCO DE BOGOTÁ, BANCO DE OCCIDENTE, BANCO AGRARIO DE COLOMBIA, BANCO AV VILLAS y BANCO DAVIVIENDA; en el monto correspondiente al capital y los intereses moratorios.

- Del auto apelado.

Mediante auto del 15 de septiembre de 2020, el Juzgado de conocimiento decidió “*NEGAR el embargo de los recursos que en entidades bancarias disponga la ejecutada.*”

Como sustento de dicha decisión el a quo recordó que mediante autos de 24 de octubre de 2018 y del 25 de junio de 2019 se decidió negar solicitud en igual sentido. Lo anterior luego del análisis de las disposiciones relativas al embargo de recursos públicos, habiéndose llegado a la conclusión que los mismos son inembargables. Agrega que son recursos incluidos en el presupuesto general de la Nación los destinados al funcionamiento e inversión de la Policía Nacional como aparece en la ley 2008 de 2019 que contiene el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal

del 1º de enero al 31 de diciembre de 2020, en cuyo artículo 2º sección 1601 aparece el presupuesto de la Policía Nacional. Considera que las normas sobre las cuales se fundó la decisión, a la fecha siguen vigentes, no existiendo mérito para acceder a lo solicitado.

- Del recurso de apelación.

La parte demandante señala que, de conformidad con el Decreto 111 de 1996, artículo 19, establece que *“Son inembargables las rentas incorporadas en el presupuesto general de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman. No obstante la anterior inembargabilidad, los funcionarios competentes deberán adoptar las medidas conducentes al pago de las sentencias en contra de los órganos respectivos, dentro de los plazos establecidos para ello, y respetarán en su integridad los derechos reconocidos a terceros en estas sentencias. [...]”*

Según dice la parte actora, pese a que el artículo 594 del C.G.P. expresamente les dio el carácter de inembargables a las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación, en el numeral 3 se establece la facultad de embargar hasta la tercera parte de los ingresos brutos sin que el total de los embargos exceda dicho porcentaje, además la Corte Constitucional ha precisado que el principio de inembargabilidad no puede ser considerado absoluto, pues la aplicación del mismo debe entenderse de acuerdo a los parámetros fijados por la jurisprudencia Constitucional (Sentencias C-546 de 1992, C-354 de 1997, C-566 de 2003, C-1154 de 2008, C-539 de 2010)

Expone que, en eventos relacionados con la satisfacción de créditos u obligaciones de carácter laboral, y en particular, aquellos reconocidos en fallos judiciales, actos administrativos y cualquier otro título ejecutivo debidamente constituido, el principio general de inembargabilidad de los recursos públicos pierde su supremacía pues su afectación es necesaria para efectivizar otros principios de orden fundamental como la igualdad, la dignidad humana y el derecho al trabajo, cuya garantía también corre por cuenta del Estado.

Considera que la situación de la ejecutante, señora Marta Libia Betancur Pavas se encuadra dentro de las excepciones a la regla general de inembargabilidad de las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación; lo anterior si se tiene en cuenta que la causa que llevó a la actora a iniciar la presente acción ejecutiva en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, tiene una doble connotación, pues es una obligación de carácter laboral derivada de una providencia del Juzgado Segunda (2) Administrativo del Circuito de Manizales, debidamente ejecutoriada, ya que se libró mandamiento de pago, se ordenó seguir adelante con la ejecución, se presentó la liquidación del crédito y ya se fijaron las agencias en derecho; estima que no tiene sentido entonces negar la solicitud de medida cautelar elevada por la parte ejecutante cuando este es el único instrumento procesal con que cuenta para garantizar el cumplimiento de la obligación que persigue.

II. Consideraciones de la Sala

El Código General del Proceso – Ley 1564 de 2012 en el artículo 594 numeral 1º establece que además de los bienes inembargables señalados en la Constitución Política o en leyes especiales, no se podrán embargar *“los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participaciones, regalías y recursos de la seguridad social”* así como *“Los depósitos de ahorro constituidos en los establecimientos de crédito, en el monto señalado por la autoridad competente, salvo para el pago de créditos alimentarios”*.

Acorde con lo desarrollado en las disposiciones normativas aludidas, por regla general, los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de las entidades públicas son inembargables; no obstante, la jurisprudencia ha establecido algunas reglas de excepción como se enuncia a continuación:

“El Legislador ha adoptado como regla general la inembargabilidad de los recursos públicos consagrados en el Presupuesto General de la Nación. Pero ante la necesidad de armonizar esa cláusula con los demás principios y derechos reconocidos en la Constitución, la jurisprudencia ha fijado algunas reglas de excepción, pues no puede perderse de vista que el postulado de la prevalencia del interés general también comprende el deber de proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada. La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; y la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.”¹

Precisamente la Corte Constitucional profirió pronunciamientos en los que desarrolló la procedencia de algunas excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos públicos; *verbi gratia*, en la sentencia C-1154 de 2008², en la cual *in extenso*, precisó:

“4. - El principio de inembargabilidad de recursos públicos (...)

4.2.- Sin embargo, la jurisprudencia también ha dejado en claro que el principio de inembargabilidad no es absoluto, sino que por el contrario debe conciliarse con los demás valores, principios y derechos reconocidos en la Carta Política. En esa medida, la facultad del Legislador también debe ejercerse dentro de los límites trazados desde la propia Constitución, como el reconocimiento de la dignidad humana, el principio de efectividad de los derechos, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia y la necesidad de asegurar la vigencia de un

¹ Corte Constitucional, sentencia C-1154 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

² SENTENCIA CONDICIONADA-Aplicación. Referencia: expediente D-7297. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 21 (parcial) del Decreto 28 de 2008, “por el cual se define la estrategia de monitoreo, seguimiento y control integral al gasto que se realice con recursos del Sistema General de Participaciones”. Actor: Silvio Elías Murillo Moreno. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil ocho (2008).

orden justo, entre otros. Sobre el particular, en la Sentencia C-354 de 1997, MP. Antonio Barrera Carbonell, la Corte señaló:

"Corresponde en consecuencia a la ley determinar cuáles son 'los demás bienes' que son inembargables, es decir, aquéllos que no constituyen prenda de garantía general de los acreedores y que por lo tanto no pueden ser sometidos a medidas ejecutivas de embargo y secuestro cuando se adelante proceso de ejecución contra el Estado. Pero el legislador, si bien posee la libertad para configurar la norma jurídica y tiene, por consiguiente, una potestad discrecional, no por ello puede actuar de modo arbitrario, porque tiene como límites los preceptos de la Constitución, que reconocen principios, valores y derechos. En tal virtud, debe atender a límites tales como: el principio del reconocimiento de la dignidad humana, la vigencia y efectividad de los derechos constitucionales fundamentales de las personas, el principio de la seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia como medio para lograr la protección de sus derechos violados o desconocidos por el Estado, y la necesidad de asegurar la vigencia de un orden justo. Es decir, que al diseñar las respectivas normas el legislador debe buscar una conciliación o armonización de intereses contrapuestos: los generales del Estado tendientes a asegurar la intangibilidad de sus bienes y recursos y los particulares y concretos de las personas, reconocidos y protegidos constitucionalmente». (...)

4.3.1.- La primera excepción tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. Al respecto, en la Sentencia C-546 de 1992, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 (inembargabilidad de rentas y recursos del Presupuesto General de la Nación), en el entendido de que "en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo». Para sustentar su conclusión la Corte explicó:

De las anteriores consideraciones se desprende un conflicto entre dos valores que deben ser sopesados y analizados para tomar una decisión sobre la exequibilidad de las normas demandadas: el primero de estos valores tiene que ver con la protección de los recursos económicos del Estado y del interés general abstracto que de allí se desprende. El segundo valor en conflicto está vinculado con la efectiva protección del derecho fundamental al pago del salario de los trabajadores vinculados con el Estado. Como ya fue señalado, la Corte Suprema de Justicia bajo el imperio de la Constitución anterior resolvió el conflicto normativo en favor de la norma legal y del interés general abstracto que ella respalda. La Corte Constitucional, en cambio, sostiene que, en todo caso de conflicto entre los valores mencionados, debe prevalecer el derecho de los trabajadores a la efectividad del pago de su salario. El énfasis en esta afirmación, que no admite excepción alguna, sin embargo no impide que esta Corte admita la importancia del interés general abstracto.

4.3.2.- La segunda regla de excepción tiene que ver con el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias. Así fue declarado desde la Sentencia C354 de 1997 donde la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 19 del Decreto 111 de 1996 (inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación), "bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos

legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos". ()"

4.3.3.- Finalmente, la tercera excepción a la cláusula de inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación, se origina en los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible. En la Sentencia C-103 de 1994 la Corte declaró la constitucionalidad condicionada de varias normas del Código de Procedimiento Civil relativas a la ejecución contra entidades de derecho público y la inembargabilidad del Presupuesto General de la Nación. Esta Corporación indicó lo siguiente:

"Cuando se trata de un acto administrativo definitivo que preste mérito ejecutivo, esto es, que reconozca una obligación expresa, clara y exigible, obligación que surja exclusivamente del mismo acto, será procedente la ejecución después de los diez y ocho (18) meses, con sujeción a las normas procesales correspondientes. Pero, expresamente, se aclara que la obligación debe resultar del título mismo, sin que sea posible completar el acto administrativo con interpretaciones legales que no surjan del mismo".

4.4.- Las reglas de excepción anteriormente descritas lejos de ser excluyentes son complementarias, pero mantiene plena vigencia la regla general de la inembargabilidad de recursos del Presupuesto General de la Nación. Además, en el caso de la ejecución de sentencias y títulos ejecutivos emanados de la administración, la posibilidad de embargo exige que se haya agotado, sin éxito, el plazo previsto en el Código Contencioso Administrativo para el cumplimiento de las obligaciones del Estado ()". (Destacado por la Sala) Teniendo en cuenta la línea jurisprudencial trazada por el Máximo Órgano Constitucional, fuerza concluir que la norma de inembargabilidad planteada en el artículo 594 del CGP, no sólo admite las excepciones que el propio legislador establezca, sino que adicionalmente deben tenerse en cuenta las precisas excepciones desarrolladas por la Corte Constitucional, a efectos de hacer efectivos derechos y principios de raigambre fundamental." (Negrilla de la Sala)

Por otro lado, la Corte Constitucional, al estudiar una demanda contra el artículo 19 del Decreto 111 de 1996 que consagra el principio de inembargabilidad de los recursos públicos, precisó que éste no era absoluto y estaba sujeto a ciertas excepciones. Al respecto, dispuso:

<<Declarar EXEQUIBLE el Artículo 19 del Decreto 111 de 1996, que incorporó materialmente el art. 6o de la ley 179 de 1994, bajo el entendido de que los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, con embargo de recursos del presupuesto -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos.>>³

Esta misma posición fue adoptada por la Sala Plena del Consejo de Estado, la cual reconoció que el principio de inembargabilidad de los recursos públicos encontraba una

³ Corte Constitucional. Sentencia C-354 de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell.

excepción, cuando se solicitaran medidas cautelares dentro de un proceso ejecutivo iniciado con base en una sentencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa.⁴

Conforme a lo anotado en precedencia, la inembargabilidad presupuestal se orienta a hacer efectivo el postulado de prevalencia del interés general sobre el particular; empero, ello no comporta una autorización para que el Estado omita el cumplimiento de las obligaciones contraídas; constituyéndose como excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, los asuntos que tienen por finalidad la satisfacción de créditos u obligaciones de origen laboral, con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas; el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias; y los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible.

La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 15 de diciembre de 2017⁵, señaló la obligatoriedad del precedente fijado por la Corte Constitucional en tratándose de la aplicabilidad de las excepciones al principio general de inembargabilidad de los recursos públicos:

*“(...)De conformidad con lo analizado en precedencia, la Sala considera que el Juzgado al denegar el embargo de los dineros depositados en la cuenta de Fondos Especiales, los cuales hacen parte del presupuesto general de la Nación, para respaldar el pago de obligaciones laborales reconocidas en una sentencia judicial, no sólo **desconoció el precedente jurisprudencial) sentado por la Corte Constitucional en relación con el principio de inembargabilidad de los recursos públicos y sus excepciones, sino que también incurrió en un defecto sustantivo por indebida interpretación del artículo 594 del CGP**, lo que implica la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a la administración de justicia del actor.*

Lo anterior, habida cuenta de que como se ha insistido a lo largo de esta sentencia, la prohibición de embargo de los recursos públicos siempre ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico y ha sido declarada exequible por la Corte Constitucional, la cual ha indicado de manera reiterada, pacífica y uniforme cómo deben ser interpretadas las disposiciones que contienen esta regla y ha fijado las excepciones a la misma.

*La Sala destaca que el hecho de que el aludido principio fuese incluido nuevamente en el CGP y el CPACA, no implica per se que fueron derogadas las demás disposiciones que también lo contenían, salvo las previstas en el CPC y el CCA, ni que se deba desconocer la interpretación que de las mismas efectuó la Corte, **máxime si se tiene en cuenta que el fin perseguido en todas ellas es el mismo, que no es otro que el de ordenar la prohibición de embargar las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, cuya existencia en el ordenamiento jurídico está condicionada a la interpretación que ha hecho la Corte y que, conforme se afirmó en la sentencia C-543 de 2013, siguen vigentes e incluso deben ser***

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena. Auto de 22 de julio de 1997. No. de radicación: S-694. C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera. Consejera ponente: María Elizabeth García González. Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 05001-23-33-000-2017-01532-01 (AC).

atendidas por los operadores judiciales para la aplicación del parágrafo 2 del artículo 195 del CPACA y los numerales 1, 4 y el parágrafo del artículo 594 del CGP, aunado a que esta última disposición permite invocar excepciones a la regla general siempre y cuando estén contenidas en la ley)". (Destacado por la Sala)

Y de manera más reciente, en sede de tutela la Sección Cuarta del Tribunal Máximo de lo Contencioso Administrativo⁶, sostuvo en relación con la solicitud de medida cautelar de las cuentas de la Fiscalía General de la Nación lo siguiente:

"4.5. Visto lo anterior, encuentra la Sala que el precedente constitucional establece que el principio de inembargabilidad de las rentas del presupuesto general de la Nación admite excepciones. Una de ellas se configura cuando la solicitud de embargo guarda relación con el pago de sentencias judiciales (sentencia C-354 de 1997).

En el caso objeto de análisis, la parte ejecutante solicitó como medida cautelar el embargo de las cuentas de la Fiscalía General de la Nación para garantizar el pago de la sentencia del 26 de noviembre de 2015, proferida en el trámite de una demanda de reparación directa en la que se condenó a la esa entidad al pago de perjuicios materiales e inmateriales a favor de la parte actora.

En ese orden, le correspondía al tribunal accionado adelantar el análisis de la procedencia de la medida cautelar a la luz de la jurisprudencia constitucional que ha establecido el pago de sentencias judiciales como excepción al principio de inembargabilidad, porque no hacerlo se traduce en el desconocimiento de los derechos fundamentales de los aquí accionantes.

En este punto se recuerda que esta Sala en pronunciamientos previos ha amparado los derechos fundamentales de la parte ejecutante en los eventos en que las autoridades judiciales se abstienen de dar aplicación a las excepciones constitucionales al principio de inembargabilidad. (...)

Al respecto se debe señalar que el artículo 594 del CGP no impone la obligación a cargo del ejecutante consistente en identificar si los dineros consignados en las cuentas bancarias del ejecutado corresponden a recursos inembargables. Pero, en todo caso, como se indicó, el pago de sentencias judiciales representa una de las excepciones al mencionado principio cuando puedan verse comprometidos los recursos del presupuesto general de la Nación, situación que evidenció el ejecutante en el curso del proceso, que es de conocimiento del juez natural, por lo que aquella no es una razón válida para negar la solicitud embargo en el caso concreto."

Tratándose de la ejecución que se adelante para el cobro de una obligación laboral, la aplicación de esta norma no impide el embargo de los recursos que pertenezcan al Presupuesto General de la Nación y que se encuentren depositados en cuentas corrientes o de ahorros abiertas por las entidades públicas obligadas al pago de la condena, aspecto precisado con toda claridad por el artículo 2.8.1.6.1.1 del Decreto 1068 de 2015, <<Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público>>, en el cual se dispone textualmente:

⁶ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez (E), providencia del diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

<<ARTÍCULO 2.8.1.6.1.1. Inembargabilidad en cuentas abiertas a favor de la Nación. Cuando un embargo de recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación sea ordenado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sólo se podrá practicar sobre la cuenta o cuentas corrientes que reciban recursos del presupuesto nacional, abiertas a favor de la entidad u organismo condenado en la sentencia respectiva.

PARÁGRAFO. En ningún caso procederá el embargo de los recursos depositados por la Nación en cuentas abiertas exclusivamente a favor de la Nación - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el Banco de la República o en cualquier otro establecimiento de crédito.>> (se resalta)

Como puede verse tanto la citada norma reglamentaria como la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁷ clarifican los límites de la embargabilidad de los recursos del Presupuesto General de la Nación, así:

- La prohibición del párrafo 2 del artículo 195 del CPACA se refiere a los rubros del presupuesto destinados al pago de sentencias y conciliaciones y al Fondo de Contingencias.
- También son inembargables las cuentas corrientes o de ahorros abiertas exclusivamente a favor de la Nación - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- Por el contrario, pueden ser objeto de embargo las cuentas corrientes y de ahorros abiertas por las entidades públicas que reciban recursos del Presupuesto General de la Nación, cuando se trata del cobro ejecutivo de sentencias o conciliaciones.

De acuerdo con lo anterior, encuentra este juez colegiado que la cautela solicitada es procedente en la medida que: (i) se trata de un proceso ejecutivo promovido para obtener el pago de una obligación laboral, que además fue reconocida mediante auto aprobatorio de conciliación judicial ante esta jurisdicción; y (ii) la orden de embargo está dirigida a las sumas de dinero que llegare a tener depositada la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en cuentas bancarias, sin que con ello desconozcan las prohibiciones legales en relación con la embargabilidad de dineros de las entidades públicas.

Así las cosas, por ser procedente la solicitud formulada por la parte ejecutante, se revocará el auto de primera instancia y en su lugar se accederá a la misma, ordenando el embargo de los dineros que posea la entidad ejecutada en **las cuentas existentes en los bancos a continuación referidos:** BANCO BBVA, BANCO CAJA SOCIAL, BANCOLOMBIA, BANCO POPULAR, BANCO DE BOGOTÁ, BANCO DE OCCIDENTE, BANCO AGRARIO DE COLOMBIA, BANCO AV VILLAS y BANCO DAVIVIENDA, así reciban recursos del Presupuesto General de la Nación, **salvo:** i) lo establecido en el párrafo del artículo 2.8.1.6.1.1 del Decreto 1068 de 2015, esto es, los recursos depositados por la Nación en cuentas abiertas exclusivamente a favor de la Nación - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el Banco de la República

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejero Ponente: Martín Bermúdez Muñoz, Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) De Octubre De Dos Mil Diecinueve (2019), Radicación Número: 20001-23-31-000-2008-00286-02(62828), Actor: Hernán Elías Delgado Lázaro, Demandado: Fiscalía General de la Nación, Referencia: Proceso Ejecutivo.

o en cualquier otro establecimiento de crédito y; ii) los rubros del presupuesto destinados al pago de sentencias y conciliaciones y al Fondo de Contingencias, en los términos del párrafo segundo del artículo 195 del CPACA; medida que se limitará por el a quo de conformidad con el numeral 10 del artículo 593 del Código General del Proceso⁸.

Finalmente se precisa que el artículo 594 ibidem prevé que *“En el evento de que la autoridad judicial o administrativa insista en la medida de embargo, la entidad destinataria cumplirá la orden, pero congelando los recursos en una cuenta especial que devengue intereses en las mismas condiciones de la cuenta o producto de la cual se produce el débito por cuenta del embargo. En todo caso, las sumas retenidas solamente se pondrán a disposición del juzgado, cuando cobre ejecutoria la sentencia o la providencia que le ponga fin al proceso que así lo ordene”*, por ende, el a quo le hará saber a las respectivas entidades bancarias en el oficio correspondiente que debe proceder conforme a dicha disposición.

Por lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión,

III. Resuelve

1. Se revoca el auto interlocutorio del 15 de septiembre de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se resolvió *“NEGAR el embargo de los recursos que en entidades bancarias disponga la ejecutada.”*

En consecuencia,

2. Se ordena el embargo de los dineros que posea la entidad ejecutada en **las cuentas existentes en los bancos a continuación referidos:** BANCO BBVA, BANCO CAJA SOCIAL, BANCOLOMBIA, BANCO POPULAR, BANCO DE BOGOTÁ, BANCO DE OCCIDENTE, BANCO AGRARIO DE COLOMBIA, BANCO AV VILLAS y BANCO DAVIVIENDA, así reciban recursos del Presupuesto General de la Nación, **salvo:** i) lo establecido en el párrafo del artículo 2.8.1.6.1.1 del Decreto 1068 de 2015, esto es, los recursos depositados por la Nación en cuentas abiertas exclusivamente a favor de la Nación - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el Banco de la República o en cualquier otro establecimiento de crédito y; ii) los rubros del presupuesto destinados al pago de sentencias y conciliaciones y al Fondo de Contingencias, en los términos del párrafo segundo del artículo 195 del CPACA; medida que se **limitará** por el a quo de conformidad con el numeral 10 del artículo 593 del Código General del Proceso.

⁸ «ARTÍCULO. 593. EMBARGOS. Para efectuar embargos se procederá así:
(...)

10. El de sumas de dinero depositadas en establecimientos bancarios y similares, se comunicará a la correspondiente entidad como lo dispone el inciso primero del numeral 4, debiéndose señalar la cuantía máxima de la medida, que no podrá exceder del valor del crédito y las costas, más un cincuenta por ciento (50%). Aquéllos deberán constituir certificado de depósito y ponerlo a disposición del juez dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación; con la recepción del oficio queda consumado el embargo...»

3. Se ordena oficiar a las diferentes entidades bancarias con sucursal en la ciudad de Manizales, haciéndoles saber que únicamente son inembargables: i) lo establecido en el párrafo del artículo 2.8.1.6.1.1 del Decreto 1068 de 2015, esto es, los recursos depositados por la Nación en cuentas abiertas exclusivamente a favor de la Nación - Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el Banco de la República o en cualquier otro establecimiento de crédito y; ii) los rubros del presupuesto destinados al pago de sentencias y conciliaciones y al Fondo de Contingencias, en los términos del párrafo segundo del artículo 195 del CPACA. En caso de que los productos se encuentren embargados o en concurrencia de embargos, la entidad bancaria se encargará de registrar la medida hasta que se encuentre saldo disponible.

Se le hará saber a las entidades bancarias que deberán dar cumplimiento a lo dispuesto en el inciso final del artículo 594 del C.G.P.

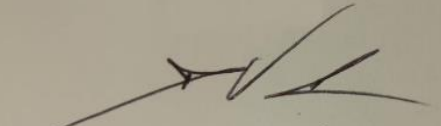
4. Hágase la notificación correspondiente, previo registro en el Sistema Informático Justicia XXI; y una vez ejecutoriado este auto, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo pertinente.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS
SALA DE CONJUECES**

José Nicolas Castaño García
Conjuez Ponente

S. 257

Asunto:	Sentencia
Medio Control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación:	17001-33-33-001-2019-00026-01
Demandante:	Claudia Michel Martínez Quiceno.
Demandados:	Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura, Consejo Seccional de la Judicatura.

Manizales, doce (12) de diciembre del año dos mil veintitrés (2023).

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a emitir la sentencia de segunda instancia, dentro de este medio de control de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**, instaurado por la señora **CLAUDIA MICHEL MARTÍNEZ QUICENO**, en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, con la dirección del **Doctor JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA**, en calidad de Conjuez Ponente, y con la participación de los Conjueces Revisores **Doctores LINA MARÍA HOYOS BOTERO y el Doctor TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ**.

Cuestión previa.

De conformidad con lo previsto en los artículos 130 y 131 del C.P.A.C.A., procede este Despacho a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por la Conjuez Lina María Hoyos Botero, para conocer del presente medio de control.

La Conjuez **Lina María Hoyos Botero**, manifiesta su impedimento para conocer del presente medio de control, al considerar que, tiene interés directo en el proceso y pleito pendiente en el cual se controvierte la misma cuestión jurídica, por cuanto, instauré como parte actora, acción de nulidad y restablecimiento del derecho en el mismo sentido por concepto de bonificación judicial en contra de la Rama Judicial, el cual se encuentra pendiente de decisión judicial definitiva.

En consecuencia, se considera incurso en la causal prevista en los numerales 1 y 14 del artículo 141 del Código General del Proceso.

Por su parte, los numerales 1 y 14 del artículo 141 del Código General del Proceso, establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 141. CAUSALES DE RECUSACION. Son causales de recusación las siguientes: (...)

"(...) 1. Tener el Juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo o indirecto en el proceso".

"14. Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes en segundo grado de consanguinidad o civil, pleito pendiente en que se controvierta la misma cuestión jurídica que él debe fallar".

Así las cosas, la situación planteada por la Conjuez Lina María Hoyos Botero, se ajusta al contenido de los numerales 1 y 14 del artículo transcrito, lo cual constituye impedimento para conocer del proceso, sin que sea menester efectuar consideraciones adicionales, siendo ello suficiente para aceptar el impedimento manifestado y, en consecuencia, se le separa del conocimiento del presente asunto.

Así las cosas, se admite el impedimento expresado por la Conjuez **LINA MARÍA HOYOS BOTERO**, para conocer del proceso en esta instancia.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Se tiene que en el presente proceso se surtieron con éxito las siguientes etapas procesales:

Presentación de la demanda el día 29 de Enero de 2019 (folio 1), devolución del proceso por parte del Tribunal Administrativo de Caldas, al aceptar el impedimento presentado por el señor Juez Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el día

Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Claudia Michel Martínez Quiceno Vs Nación – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Radicado: 17001-33-33-001-2019-00026-01

29 de Julio de 2019, Auto de estese a lo dispuesto y se ordenó admitir la demanda por parte del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, el día 21 de Abril de 2021.

El día 13 de Julio de 2021, se dio traslado de las excepciones formuladas por la parte accionada.

A través de auto del día 30 de Julio de 2021, se convocó a las partes para realizar audiencia inicial. Acta de Audiencia Inicial con fallo del día 16 de Septiembre de 2021. En audiencia del día 28 de Octubre de 2021, se concedió el recurso de apelación.

Mediante auto del día 18 de Julio de 2023, se admitió el recurso de apelación formulado.

Finalmente entró a despacho para sentencia.

Agotadas las etapas previstas en el proceso de nulidad y restablecimiento de derecho, sin que se observe causal de nulidad, y cumplidos los presupuestos procesales del medio de control, el Despacho dictará la sentencia que en derecho corresponda.

3. PIEZAS PROCESALES OBRANTES EN EL EXPEDIENTE

Poder especial de la demandante Claudia Michel Martínez Quiceno, para el abogado Felipe Jiménez Mejía, (folio 15 C1), escrito de la demanda (fl. 2-14 C1), pruebas allegadas con la demanda (fls. 16 a 38 C1), contestación de la demanda y actuación administrativa.

4. PRUEBAS APORTADAS POR LAS PARTES

4.1. Demandante.

4.1.1. En la demanda:

Copia de la petición radicada el día 20 de Diciembre de 2017, mediante la cual se solicita la bonificación judicial (folios 20 a 27 C1); Copia de la Resolución No DESAJMAR18-64-17 del 9 de Enero de 2018 (folios 27 a 28 C1); Copia del recurso de apelación formulado por la parte actora (folios 28 a 31 C1); Copia de la Resolución No DESAJMZR18-316-17 del 6 de Marzo de 2018 “por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición se concede un recurso de apelación” (folios 32 a 33 C1); Certificación de los factores salariales devengados (folios 33 a 51 C1).

4.2. Demandada.

Actuación administrativa: petición formulada por el accionante ante la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

5. ASUNTO

Actuando a través de apoderado judicial, la demandante **CLAUDIA MICHEL MARTÍNEZ QUICENO**, instauró demanda de **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** contra la **NACION – RAMA JUDICIAL – CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL**.

6. DECLARACIONES Y CONDENAS

6.1 Declaraciones.

- Se declare la Nulidad del acto administrativo Resolución DESAJMAR18-64-17 del 31 de Enero de 2018, mediante la cual se niega el reconocimiento y pago de la bonificación judicial como constitutivo de factor salarial para efectos de liquidación y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, bonificación por servicios prestados y el pago de las diferencias causadas a favor de su mandante.
- Se declare la nulidad del acto administrativo Resolución DESAJMAR18-316-17 del 2 de Abril de 2018, mediante el cual se resuelve de manera negativa el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución DESAJMAR18-64-17 del 31 de Enero de 2018.
- Se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, originado en la interposición del recurso de apelación en contra de la Resolución No DESAJMAR18-64-17 del 31 de Enero de 2018, el cual fue concedido el día 2 de abril de 2018.

6.1. Condenas.

- Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene a la Nación – Rama Judicial – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, que se expida el acto administrativo por medio del cual se ordene la inclusión de la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 del 9 de Junio de 2015, como factor salarial para efectos de

liquidación y pago de las prestaciones sociales, prima de servicios, prima de productividad, de vacaciones, de navidad, vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, y demás emolumentos laborales que correspondan a los servidores públicos de la Rama Judicial en los tiempos de servicio del solicitante después del 1 de Enero de 2013.

- Que por medio de acto administrativo se ordene la reliquidación de todas las prestaciones sociales (prima de servicios, prima de productividad, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y demás emolumentos laborales que por mandato legal corresponden a los servidores públicos de la Rama Judicial, para que se incluya la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por dichos conceptos después de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 del 9 de Junio de 2015.
- Que se disponga que la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, hace parte de la asignación básica salarial para efectos de liquidar la bonificación por servicios prestados de la señora Claudia Michel Martínez Quiceno, a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013, modificado por el Decreto 1269 del 9 de junio de 2015.
- Que se ordene la reliquidación de la bonificación por servicios prestados incluyendo la bonificación judicial contenida en el Decreto 383 de 2013, como parte de la asignación salarial y en consecuencia, se disponga el pago de las diferencias dejadas de percibir por ese concepto a partir de la entrada en vigencia del Decreto 383 de 2013, modificada por el Decreto 1269 del 9 de junio de 2015.
- Que se siga pagando la bonificación judicial de que trata el Decreto 383 de 2013, como factor salarial y prestacional en todos los emolumentos laborales que percibe el servidor público como contraprestación de sus servicios.
- Que se disponga el pago de la indemnización moratoria por la no consignación total de las cesantías al fondo correspondiente seleccionado por la señora Claudia Michel Martínez Quiceno.

- Que se liquiden los intereses de mora desde el momento en que cobre ejecutoria el acto administrativo que acceda a las presentes pretensiones, sobre las sumas que resulte adeudar la entidad, a favor del servidor público conforme lo establece el artículo 192 del CPACA.
- Que las sumas que se deben cancelar como consecuencia de la reliquidación sean debidamente indexadas hasta la fecha efectiva del pago.

7. HECHOS

La señora Claudia Michel Martínez Quiceno, labora en calidad de empleado público al servicio de la Rama Judicial desde el día 8 de septiembre de 2011, se ha desempeñado en distintos cargos como empleado al servicio de la Rama Judicial, relacionados en la constancia No 0687 anexa a la presente demanda.

Mediante la expedición del Decreto 383 de 2013, el cual fue modificado por el Decreto 1269 de 2015, el Ejecutivo creó una bonificación judicial mensual para los servidores de la Rama Judicial.

El solicitante viene percibiendo la bonificación judicial de manera habitual, permanente y periódica, pues la Rama Judicial se la paga mensualmente desde momento de su vinculación. Su representado devenga la bonificación judicial como contraprestación directa del servicio prestado a la Rama Judicial, por lo tanto, debe considerarse que ésta constituye parte de su salario.

Las prestaciones sociales, las vacaciones, y la bonificación por servicios prestados que percibe su mandante desde el 24 de Octubre de 2013, han sido liquidados y pagados sin que se haya incluido como factor salarial la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013. A su mandante únicamente se le tiene en cuenta la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial para realizar las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social integral en Pensiones y Salud.

La Rama Judicial no ha cancelado en forma correcta las cesantías de su poderdante, el ingreso para liquidarlas no incluye la bonificación judicial, situación que da lugar al cobro de las indemnizaciones moratorias establecidas en la Ley, por no cancelarlas de forma completa; a la señora Claudia Michel Martínez Quiceno, se le han vulnerado sus derechos laborales, al no tener en cuenta la bonificación judicial, como constitutiva de factor salarial para efectos

de liquidación y pago de las prestaciones sociales, vacaciones, bonificación por servicios prestados y demás emolumentos a favor de la accionante.

Mediante Resolución DESAJMAR18-64-17 del 9 de Enero de 2018, notificada el día 31 de Enero del mismo año, se resolvió la petición referida, negando en su totalidad las peticiones realizadas.

El día 13 de Febrero de 2018, se interpusieron los recursos de reposición y de apelación, en contra de la Resolución DESAJMAR18-64-17 del 9 de Enero de 2018, Mediante Resolución DESAJMAR18-316-17 del 6 de Marzo de 2018, notificada personalmente el día 2 de abril del mismo año, la administración resolvió el recurso de reposición de manera negativa y concedió el de apelación.

Desde el momento en que la entidad concedió el recurso de apelación han transcurrido más de dos meses sin que se haya notificado decisión expresa sobre la alzada, configurándose de ese modo un acto administrativo ficto o presunto de carácter negativo.

8. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Mencionó la demandante en este acápite del escrito de la demanda, lo siguiente;

- 8.1. **Normas Constitucionales vulneradas:** Artículos 2, 13, 25, 48, 53, 93, 94, 150 y 228.
- 8.2. **Normas de carácter nacional vulneradas:** Ley 270 de 1996: Artículo 152, numeral 7; Ley 4 de 1992, artículo 2; Ley 50 de 1990, artículo 99; Decreto 57 de 1993; Ley 244 de 1995, Ley 344 de 1996; Ley 1071 de 2016; Decreto 1042 de 1978, artículo 42 y Decreto 1045 de 1978.

Con respecto al caso en particular, debe advertirse que, el Decreto 383 de 2013, creó para los trabajadores de la Rama Judicial una bonificación judicial, la cual se reconoce mensualmente y por la prestación personal del servicio, y que de este monto, solo constituirá factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en salud; no obstante lo anterior, lo que se pretende con la demanda es mostrar que lo anterior es violatorio a la ley por cuanto tomar únicamente esta bonificación judicial, que además es producto de la prestación personal del servicio de cada funcionario de la Rama Judicial para el pago de aportes a pensión y salud,

descuentos que le hacen al trabajador, es contrario a todo lo dispuesto por las normas laborales, ya que se está desconociendo un valor que debe ser salario por su naturaleza, ya que es cancelada por la contraprestación del servicio y además mensual, lo que demuestra que debe hacer parte para cancelar el valor del auxilio de cesantías.

9. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La **NACIÓN- RAMA JUDICIAL**, Expresa que, teniendo en cuenta lo expresado por la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia citada en precedencia, y la filosofía del legislador con la expedición de los Decretos 383 y 384 del 6 de Marzo de 2013, claramente expuesta por el Alto Tribunal Constitucional, se tiene que a la parte demandante no se le ha vulnerado derecho adquirido alguno, en consideración a que el derecho que reclama, ha sido creado por el Gobierno Nacional hasta en los Decretos en cita, razón por la que no hacía parte de su patrimonio antes de la expedición del mismo, por lo tanto, no le ha sido arrebatado o vulnerado, pues es a partir de la creación de este concepto salarial y seguidos los lineamientos del ejecutivo como órgano competente en su expedición, que se entró a liquidar y a devengar este concepto. Hasta allí era una expectativa y empezó a formar parte de su patrimonio como lo previó el legislador, sin carácter de factor de salario para liquidar sus prestaciones sociales, así nació y así lo concertaron las partes, Rama Judicial, ASONAL y el ejecutivo, luego entonces, no se violó algún derecho adquirido y no hay lugar a cancelar diferencia prestacional alguna a título de Bonificación Judicial al funcionario judicial.

Es por ello que el Gobierno Nacional no desconoce o lesiona los derechos reclamados, pues los derechos adquiridos son intangibles, y para el caso en estudio, la Bonificación Judicial creada en los Decretos 383 y 384 de 2013, fue el producto de una reclamación salarial a través del paro judicial, que hasta ese momento, era una mera expectativa o esperanza de obtener un derecho, susceptible de ser modificada discrecionalmente por el Gobierno Nacional y que a la postre, se configuró con la expedición de la norma precitada.

Finalmente propuso las siguientes excepciones: 1) Excepción de inconstitucionalidad. 2) Violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante; 3) integración del litisconsorcio necesario; 4) Ausencia de Causa Petendi; 5) Prescripción; 6) Innominada.

10. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES.

El traslado de las excepciones formuladas por la entidad demandada se surtió el día 13 de Julio de 2021, con respecto a las siguientes excepciones: 1) Excepción de inconstitucionalidad. 2) Violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante; 3) integración del litisconsorcio necesario; 4) Ausencia de Causa Petendi; 5) Prescripción; 6) Innominada.

11. ALEGACIONES FINALES

11.1 Demandante.

La parte demandante se ratifica en los argumentos expuestos con la demanda formulada.

11.2. Demandada.

La parte demandada se ratifica en los argumentos expuestos con la contestación formulada.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

La sentencia primaria. Emitida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito en Cabeza de Conjuez, el pasado 16 de Septiembre de 2021, accedió a unas pretensiones, y afirmó que, la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la bonificación judicial creada por el Decreto 383 del 6 de Marzo de 2013, con la incidencia en la liquidación de las demás prestaciones sociales percibidas.

RECURSO DE APELACIÓN.

Notificada la sentencia, la demandada solicito revocar la sentencia de primer grado, desestimar las pretensiones de la presente demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, declarar los medios exceptivos propuestos, y absolver a su representada de todos y cada uno de los cargos endilgados en la demanda así como de las costas procesales.

CONSIDERACIONES

a. COMPETENCIA.

Corresponde a esta jurisdicción por la materia del asunto, a este Tribunal en razón a la cuantía de la demanda y al factor territorial y a esta Sala de Conjuces, atendiendo 1). La orden emitida por el Consejo de Estado en auto del 3 de Noviembre de 2022, que aceptará el impedimento presentado por la totalidad de los Magistrados que integran esta Corporación y a este Conjuce por sorteo de conjuces realizado el pasado 14 de abril de 2023.

b. CONTROL DE LEGALIDAD.

Se surte en la presente diligencia de audiencia, y una vez verificada la totalidad de la actuación en el presente proceso, no se encuentra vicio que anule la actuación y tampoco fue propuesto en su momento por las partes en conflicto.

c. PROBLEMA JURIDICO.

Considera la SALA importante definir en esta segunda instancia, si la bonificación judicial creada por el Gobierno Nacional a través del decreto 383 de 2013, siendo un beneficio que se le ha venido cancelando mensualmente al demandante, cumple con las características para ser tenida como factor salarial y, en consecuencia, se confirme el fallo emitido por el Juez Aquo, o de no ser así, haya lugar a ordenar revocarlo.

d. ANALISIS

EVOLUCION NORMATIVA DE LA BONIFICACION JUDICIAL

La Ley 4ª de 1992, mediante la cual se fijaron normas, objetivos y criterios para que el Gobierno Nacional estableciera el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos determinó en su artículo 1º y 2º lo siguiente:

"ARTÍCULO 1o. El Gobierno Nacional, con sujeción a las normas, criterios y objetivos contenidos en esta Ley, fijará el régimen salarial y prestacional de:

a) Los empleados públicos de la Rama Ejecutiva Nacional, cualquiera que sea su sector, denominación o régimen jurídico;

b) Los empleados del Congreso Nacional, la Rama Judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la Organización Electoral y la Contraloría General de la República;

c) Los miembros del Congreso Nacional, y

d) Los miembros de la Fuerza Pública".

ARTÍCULO 2. Para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores enumerados en el artículo anterior, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta los siguientes objetivos y criterios:

a) El respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales.

b) (...)”.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 53 de la Constitución Nacional, consagra como principios mínimos laborales, la favorabilidad y la remuneración móvil:

ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...)

Bajo el mandato de la Ley 4ª de 1992 contenido en los artículos 1º y 2º, el Gobierno Nacional, expidió el Decreto 383 de 2013, así:

"ARTÍCULO 1. Créase para los servidores de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar a quienes se les aplica el régimen salarial y prestacional establecido en los Decretos 57 y 110 de 1993, 106 de 1994, 43 de 1995 y que vienen rigiéndose por el decreto 874 de 2012 y las disposiciones que lo Modifiquen o sustituyan, una bonificación judicial, la cual se reconocerá mensualmente y constituirá únicamente factor salarial para la base de cotización al Sistema General de Pensiones y al Sistema General de Seguridad Social en Salud. La bonificación judicial se reconocerá a partir del 1º de enero de 2013, se percibirá mensualmente, mientras el servidor público permanezca en el servicio y corresponde para cada año al valor que se fija en las siguientes tablas, así:

"1) *Para los cargos del Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, relacionados a continuación, la bonificación judicial será: (...).*

"2) *Para los cargos de los Tribunales Judiciales, del Tribunal Superior Militar y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, que se relacionan a continuación, la bonificación judicial será: (...).*

"3) *Para los cargos de los Juzgados de Circuito, Especializado, Juzgados de Tribunal Penal Militar y Juzgados de Justicia Penal Militar, relacionados a continuación la bonificación judicial, será: (...).*

"4) *Para los cargos de los Juzgados Municipales que se relacionan a continuación la bonificación judicial será: (...).*

"5) *Para los cargos de Auxiliar Judicial y Citador, la bonificación judicial será: (...).*

"6) *Para los cargos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar cuya denominación del cargo no esté señalada en los artículos anteriores, la bonificación judicial será: (...).*

"PARÁGRAFO. *La bonificación judicial creada en el presente artículo se ajustará a partir del año 2014 de acuerdo con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC); en consecuencia, no le aplica el incremento que fije el Gobierno Nacional para las asignaciones básicas en el año 2013 y siguientes".*

"A partir del año 2014 y hasta el año 2018, los valores señalados en las tablas del presente artículo contienen un ajuste equivalente a una variación proyectada del Índice de Precios al Consumidor(IPC) del dos por ciento (2%) respecto del valor de la bonificación judicial asignada en el año inmediatamente anterior".

"En el evento en que la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), para las vigencias fiscales de los años 2014 a 2018

inclusive, sea diferente al dos por ciento (2%) proyectado para el valor de la bonificación judicial para los mismos años, el Gobierno Nacional ajustará las tablas correspondientes para la respectiva vigencia en la diferencia que se presente”.

"Para el año 2019 y en adelante el valor mensual de la bonificación judicial será equivalente al valor que se perciba en el año inmediatamente anterior reajustado con la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)”.

"ARTÍCULO 2o. Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar que no optaron por el régimen establecido en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995 y que vienen regidos por el Decreto número 848 de 2012 y las disposiciones que lo modifiquen o sustituyan, de percibir en el año 2013 y siguientes, un ingreso total anual inferior al ingreso total anual más la bonificación judicial que se crea en el presente decreto, respecto de quien ejerce el mismo empleo y se encuentra regido por el régimen salarial y prestacional obligatorio señalado en los Decretos números 57 y 110 de 1993, 106 de 1994 y 43 de 1995, percibirán la diferencia respectiva a título de bonificación judicial, mientras permanezcan vinculados al servicio”.

"ARTÍCULO 3o. Ninguna autoridad podrá establecer o modificar el régimen salarial o prestacional estatuido por las normas del presente decreto, en concordancia con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 4ª de 1992”.

"Cualquier disposición en contrario carecerá de todo efecto y no creará derechos adquiridos”.

"ARTÍCULO 4o. El Departamento Administrativo de la Función Pública es el órgano competente para conceptuar en materia salarial y prestacional. Ningún otro órgano puede arrogarse esta competencia”.

*"ARTÍCULO 5o. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y surte efectos fiscales a partir del 1o de enero de 2013.”
(Subrayas propias de Sala).*

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA LABORAL.

Para decidir, se hace necesario citar el bloque de constitucional en cuanto al derecho al trabajo; dado que, en el sentir de esta Sala de Conjuces, el problema jurídico planteado en la demanda, es de rango constitucional.

El artículo 53 de la Constitución estableció, en su inciso cuarto, que;

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

Con base en esta norma, la Corte Constitucional ha dicho respecto de estos convenios que son parte del ordenamiento jurídico interno, sin hacer necesariamente referencia a su rango jerárquico.

Así, en la sentencia C-221 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se señaló:

"El principio constitucional de igualdad de los trabajadores está desarrollado por el Convenio Internacional del Trabajo número 111 - aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967 y ratificado en 1969-, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación. Dicho Convenio es pues en Colombia fuente de derecho de aplicación directa en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, al decir: "los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna", cuyo contenido es norma interpretativa de los derechos constitucionales en virtud del artículo 93 de la Carta Fundamental."

Otro ejemplo de ello, es la sentencia T-418 de 1992, M.P. Simón Rodríguez Rodríguez, en la que se anota:

"Según el artículo 53 de la Carta Política, los convenios internacionales de trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. Ello es aplicable al Convenio número 98 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al derecho de sindicalización y de negociación colectiva, aprobado por la Ley 27 de 1976 y ratificado por el Gobierno Nacional el 16 de noviembre de 1976, y el cual contempla las mismas o similares conductas del artículo 354 del C. S. del T."

La sentencia C-225 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, se ocupó de definir en qué consistía el mandato del art. 93 de la Constitución, que establece la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales

ratificados por el Congreso, que reconocieran los derechos humanos y prohibieran su limitación en los estados de excepción.

Para ello, recurrió a la noción del bloque de constitucionalidad, originaria del derecho francés, en los siguientes términos:

“Como vemos, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.

En tales circunstancias, la Corte Constitucional ha establecido, que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214 numeral 2º) es que, éstos forman con el resto del texto constitucional un "bloque de constitucionalidad", cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93).

La noción del bloque de constitucionalidad ha sido objeto de distintas precisiones y diferenciaciones por parte de la jurisprudencia de esa Corporación. De esta forma, en la sentencia C-358 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

“Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien sea porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque 'son normas situadas en el nivel constitucional', como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus

mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos”.

"La Corte ha señalado con claridad que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”. Esto significa que la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP art. 93). Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él”.

En la sentencia T-568 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se planteó por primera vez la integración de los convenios internacionales del trabajo al bloque de constitucionalidad para tratar sobre asuntos estrictamente laborales. En la ratio decidendi de la providencia se expresó que, al analizar el caso, las autoridades gubernamentales y judiciales habían desconocido el derecho aplicable, por cuanto no habían atendido lo dispuesto en los convenios internacionales del trabajo y en los tratados de derechos humanos:

"En este orden de ideas, para la revisión de los fallos de instancia proferidos en el trámite de este proceso, es claro que el bloque de constitucionalidad debe construirse a partir del Preámbulo de la Carta Política, e incluir los artículos 1, 5, 39, 53, 56 y 93 de ese Estatuto Superior, pues en esas normas están consagrados los derechos que reclama el Sindicato actor como violados; también procede incluir la Constitución de la OIT y los Convenios 87 y 98 sobre libertad sindical (tratado y convenios debidamente ratificados por el Congreso, que versan sobre derechos que no pueden ser suspendidos ni aún bajo los estados de excepción); además, los artículos pertinentes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana de Derechos Humanos...”

"d) Alcance del bloque de constitucionalidad en este caso

"Si, como lo ordena la Constitución, los derechos y deberes allí consagrados deben ser interpretados "de conformidad con los tratados

internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"(art. 93), y "Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna" (art. 53 inc 4), las autoridades nacionales de todos los órdenes (el Gerente de las Empresas Varias, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y los Jueces de la República, cometieron un grave error: ignoraron el derecho aplicable ; en su lugar, escogieron normas desfavorables a los trabajadores, contrarias a la Constitución y a los deberes internacionales que el Estado se comprometió a cumplir".

"Los derechos de asociación, sindicalización y huelga, como se explicó anteriormente, forman parte de la normatividad constitucional por una razón doble: están expresamente consignados en la Carta, y ella integra a su texto los tratados internacionales sobre la materia".

"Colombia ha ratificado más de 50 Convenios de la OIT, entre ellos, los Convenios 87 y 98 y se comprometió a cumplirlos de buena fe; en conjunto con las demás normas enunciadas, son el marco que se debe tener en cuenta al aproximarse a estos derechos".

En materia laboral, el bloque de constitucional, está integrado así: el preámbulo, los artículos 1º, 25, 26, 39, 53, 54, 55, 56, 57, 64 y 125 de La Constitución de 1991 y por los núcleos esenciales de los Convenios de la OIT números 87, 98, y, por último, y en virtud de los art. 93 y 94 superior, por cualquier otra norma internacional de ius cogens no codificado, o no ratificado por Colombia, relativa a materias laborales.

Los convenios y tratados internacionales del trabajo debidamente ratificados por Colombia son parte del ordenamiento jurídico o prevalecen en él. Dentro de los que prevalecen, es decir los que hacen parte del denominado Bloque de Constitucionalidad por tratarse de derechos humanos y además fundamentales, están los Convenios 87 y 98 de la OIT y 100, 105, 111, 138 y 182 y las normas que en materia laboral se encuentren escritas en los tratados de libre comercio, celebrados por Colombia y debidamente ratificados.

Con éstas normas se busca: 1) Que una vez incorporadas al ordenamiento jurídico interno creen directamente derechos subjetivos o comprometan internacionalmente al respectivo Estado a adoptar las medidas necesarias para crearlos, 2) Que contribuyan al fomento de la justicia social, 3) Que los derechos fundamentales son derechos originarios o inherentes, no son creados por el Estado, sino reconocidos por él, además, son inalienables, por lo que su núcleo esencial no podrá ser limitado, ni suspendido ni siquiera en los estados de excepción, aporten a la consolidación de las legislaciones nacionales en materia socioeconómica; y 4) que constituyan una fuente de inspiración de las legislaciones nacionales para construir sus políticas sociales y diseñar una política interna de trabajo. En conclusión, la interpretación y aplicación de los derechos laborales en Colombia, debe consistir en la

integración de las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados sobre la materia.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL

El principio de favorabilidad en materia laboral consagrado en los artículos 53 de la Constitución Política, consiste en la obligación de todo operador jurídico, judicial o administrativo, de optar por la situación más favorable al trabajador, en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes de derecho.

El principio opera (i) cuando existe controversia respecto de la aplicación de dos normas; y también, (ii) cuando existen escenarios en los cuales una norma admite diversas interpretaciones. A juicio de la Corte, *"la favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones..."*

Uno de los referentes acerca del principio de favorabilidad laboral es el fallo SU-1185 de 2001. Las *ratione decidendi* del caso se concretó en la obligación de los jueces de la República de aplicar las garantías constitucionales de la igualdad formal ante la ley y el principio de favorabilidad laboral en caso de duda en la interpretación de las disposiciones de las convenciones colectivas.

En esta sentencia, la Corte Constitucional fijó una importante doctrina en materia de favorabilidad laboral, cuyo contenido es pertinente para el caso, al ofrecer claridad sobre el entendido y alcance de la mencionada garantía. Consideró la Corte:

"En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función

constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia T-001 de 1999 se manifestó sobre el tema lo siguiente:

"Pero, además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución".

"En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos"

"Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como "...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho..."

"Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez"

"Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica."

Y en decisión posterior, reiteró la Corte:

"...el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos." (Sentencia T-800/99, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

"Desde esta perspectiva, cuando se trata de aplicar una convención colectiva, en atención a su valor normativo y a su carácter de acto solemne, lo que le compete el juez laboral es interpretarla de acuerdo al contenido material de su texto y, en caso de duda, optar por la interpretación que resulte más favorable al trabajador".

"Es incuestionable que un proceder contrario a esta exigencia, que no encuentre fundamento en un principio de razón suficiente, configura una vía de hecho en cuanto implica un desconocimiento flagrante de

los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (C.P. art. 29, arts. 13 y 53)."

Lo decidido por la Corte Constitucional, en la Sentencia de Unificación Jurisprudencial referenciada, es contundente: en caso de duda y ante la existencia de dos o más interpretaciones de una disposición jurídica contenida en una fuente formal del derecho (ley, acto administrativo, convención colectiva) debe preferirse aquella interpretación que mejor satisfaga los intereses del trabajador. Este y no otro, es el entendido que le ha otorgado la jurisprudencia al artículo 53 de la Constitución.

En sentencia T - 595 de 2004, la Corte Constitucional se refirió a lo que debía entenderse por los elementos del principio de favorabilidad laboral. Es el caso de la noción de "duda", ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y de la propia noción de "interpretaciones concurrentes", allí se dijo:

"La Corte considera en primer lugar que, la llamada "duda", debe revestir un carácter de seriedad y de objetividad. No podría admitirse, por ejemplo, que a partir de una eventualidad relativa a la aplicabilidad o no de una interpretación, el juez o la administración deban en consecuencia desechar una interpretación sólida y acoger una interpretación débilmente emergente, que para el caso resulte más favorable para el trabajador".

"La seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierne sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva".

"Sobre el punto, la Corte adelantará algunos de los criterios que permiten identificar una interpretación como razonable y objetiva; estos criterios son: (i) la corrección de la fundamentación jurídica, (ii) la aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) la corrección y suficiencia de la argumentación".

"El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado, deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales".

"El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico".

"Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia".

Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio. Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver".

"Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política".

A su paso, el Consejo de Estado, en Sentencia de la Sección Segunda, CP. Alejandro Ordoñez M, del 16 de febrero de 2006, rad. 25000-23-25-000-2001-01579-01(1579-04):

"Así mismo se observa que en aras de hacer efectivo de este beneficio, se atiende el principio mínimo de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, es decir se resuelve la controversia respetando la situación más beneficiosa a su destinatario. En este sentido se ha acogido el criterio expuesto por la Corte Constitucional en algunos fallos proferidos en ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. Ha expresado sobre el particular: De otra parte, considera la Corte que la "condición más beneficiosa" para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto, cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. En nuestro ordenamiento superior el principio de favorabilidad se halla regulado en los siguientes términos: "situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho", precepto que debe incluirse en el estatuto del trabajo que expida el Congreso. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc.), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas, acoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones, la norma así acogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso o crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

Por otra parte, y frente al concepto de salario en el sector público, en el marco del Bloque de Constitucional, fue definido por la Corte Constitucional SU-995 de 9 de diciembre de 1999, MP. Carlos Gaviria Díaz, la cual dijo en esa ocasión;

"El concepto de salario es un tema del que la Corte se ha ocupado en múltiples oportunidades, tanto en sede de tutela como de constitucionalidad, subrayando no sólo la importancia técnica o instrumental que tiene la ganancia que en virtud de un contrato de trabajo, paga el empleador al trabajador por la labor o servicio prestados⁷, sino el valor material que se desprende de su consagración como principio y derecho fundamentales (C.P. preámbulo y artículos 1, 2, 25 y 53), claramente dirigidos a morigerar la desigualdad entre las partes de la relación laboral, y hacer posible el orden justo de la República "fundada en el respeto de la dignidad

humana, en el trabajo, y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

"Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Sobre este principio la Corte se ha pronunciado en múltiples ocasiones, y ha señalado que:

"El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias"

En este orden de ideas, la noción de salario ha de entenderse en los términos del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo -relativo a la protección del salario-, ratificado por la Ley 54 de 1992, que en el artículo, señala:

"El término ´salario´ significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

"Esto quiere decir que para efectos del significado que en nuestro ordenamiento ha de tener la voz salario y, sobre todo, para la protección judicial del derecho a su pago cumplido, deben integrarse todas las sumas que sean generadas en virtud de la labor desarrollada por el trabajador, sin importar las modalidades o denominaciones que puedan asignarles la ley o las partes contratantes. Así, no sólo se hace referencia a la cifra quincenal o mensual percibida por el empleado -sentido restringido y común del vocablo-, sino a todas las cantidades que por concepto de primas, vacaciones, cesantías, horas extras -entre otras denominaciones-, tienen origen en la relación laboral y constituyen remuneración o contraprestación por la labor realizada o el servicio prestado".

"Las razones para adoptar una noción de salario expresada en estos términos, no sólo se encuentran en la ya referida necesidad de integración de los diferentes órdenes normativos que conforman el bloque de constitucionalidad, sino que son el reflejo de una concepción garantista de los derechos fundamentales, que en materia laboral

constituye uno de los pilares esenciales del Estado Social de Derecho. A partir de la Constitución de 1991, es evidente la relevancia del derecho laboral dentro de la configuración de un orden social y económico justo y más cercano a la realidad, en cuyo desarrollo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha debido intervenir, en buena parte por la falta del estatuto del trabajo al que se refiere el artículo 53 Superior. Al respecto ha dicho este Tribunal:

"La Constitución es el orden normativo primario protector del derecho al trabajo, bien sea que se preste independientemente o bajo condiciones de subordinación, en las modalidades de contrato de trabajo o bajo una relación laboral, legal, estatutaria o reglamentaria. La variedad normativa que aquella contiene propende el establecimiento de relaciones laborales justas, mediante la eliminación de factores de desequilibrio, que aseguren la vigencia y efectividad del principio de igualdad, la protección a ciertos sectores de trabajadores que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta o carecen de oportunidades para la capacitación laboral, y la consagración de un sistema contentivo de una protección jurídica concreta del trabajo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir del señalamiento de unos principios mínimos fundamentales (art. 53)".

En particular, respecto al salario y su naturaleza se ha dicho:

"En virtud de su consagración como un derecho [el derecho al salario], nuestra Constitución compromete al Estado en el deber de protegerlo, creando, estimulando e incentivando las condiciones socioeconómicas propicias que promuevan una oferta de oportunidades laborales para todas aquellas personas en capacidad de trabajar, expidiendo la normatividad que asegure unas relaciones laborales "dignas y justas", con arreglo a los principios fundamentales básicos y mínimos ideados por el Constituyente y, en ejercicio de su capacidad de intervención, limitando los abusos que pueden engendrarse al amparo de las leyes del mercado y del principio de la autonomía de la voluntad, o regulando las condiciones requeridas para racionalizar la economía con el fin, de asegurar el pleno empleo de los recursos humanos, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo, especialmente en lo laboral, y el mejoramiento de la calidad de vida de los trabajadores"

Finalmente, el Honorable Consejo de Estado, **Sección Segunda, Conjuez Ponente Carmen Anaya de Castellanos, Radicado 76001-23-33-000-2018-00414-01 (0470-2020), mediante sentencia del día 6 de abril de 2022**, estableció lo siguiente con respecto a la bonificación judicial:

"...En este sentido, infiere la Sala que la norma últimamente aludida no refiere discriminación alguna al ordenar el Gobierno Nacional revisar la remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, bajo el esquema de nivelación o reclasificación, con sentido de equidad; lo que indica que el Decreto 382, resulta aplicable para

absolutamente todos los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, sin fijación del régimen a que pertenezcan, ya que de no ser así se vulneraría el principio de proporcionalidad. Indicando sí, que el tope de los funcionarios y empleados que pertenezcan al régimen de no acogidos, tendrán un techo que es lo devengado en forma mensual por los del régimen acogidos al Decreto 53 de 1993 y normas que lo modifican y/o complementan, por cuanto resultaría un injusto que unos empleados por pertenecer a un régimen que no es el de acogidos se les liquide la bonificación mensualmente en forma diferente a los que no pertenecen a ese mismo régimen que les liquida en forma anual y sin que haga parte de sus prestaciones sociales”.

“...Así las cosas, resuelto el primer problema jurídico, llega esta Sala a la conclusión que la Ley no hace discriminación alguna entre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, ya sean antiguos o nuevos; por lo que el beneficio que allí se ordena crear cobija a los acogidos y no acogidos al régimen del Decreto 53 de 1993. Por ello, al no hacer distinción alguna la Ley, tampoco podría hacerlo el Decreto el Decreto 382 de 1993. No obstante, se hace claridad como ya se indicó, que el tope de la Bonificación Judicial para el personal de no acogidos es el 100% del salario mensual que devengan los del régimen de acogidos. De igual manera, el la Ley dispuso la nivelación o reclasificación de los empleados pertenecientes a la Rama Judicial, lo que en ambos casos implica reajuste salarial que es el resultados de aplicar dichas figuras. Por lo que colofón tenemos, que el Gobierno Nacional se apartó del marco de la Ley 4 de 1992 al crear una Bonificación sin carácter salarial pues la misma sólo constituye factor salarial, según la norma que la crea, para las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Pensiones. ...”

“...Además de las anteriores consideraciones, la Sala no deja pasar por alto que existe una sólida línea jurisprudencial creada por los Jueces y Magistrados de nuestra jurisdicción, la cual desarrolla el carácter salarial de dicha Bonificación al analizar el concepto de salario, la noción de factor salarial y los criterios que permiten su identificación, tomando como referencia lo que al respecto consagran la ley laboral colombiana y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, indicando que según la ley laboral colombiana el salario lo constituye todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, siempre que sea reconocido de forma habitual y no por mera liberalidad del empleador. Así tenemos, que la susodicha Bonificación Judicial reúne todos los requisitos del salario ya que sin perjuicio de la denominación que se le atribuya, todo pago habitual que reciba el trabajador en contraprestación de su servicio personal constituye salario, incluidas las bonificaciones habituales”.

“Para la Sala es claro que la bonificación judicial creada mediante Decreto No. 0382 de 2013, al ser un pago que reciben los empleados y

funcionarios de la Fiscalía General de la Nación, de forma habitual y periódica en contraprestación a sus servicios, no habría motivo alguno para desconocer su carácter salarial, máxime si se tiene en cuenta que fue creada precisamente para materializar una nivelación salarial dispuesta en una Ley marco, Aceptar lo contrario, implicaría desconocer abiertamente los límites a la facultad otorgada por el Congreso al Gobierno Nacional y desatentar principios de rango constitucional como la progresividad, la primacía de la realidad sobre las formas y los límites protectores señalados por el Constituyente en el artículo 53 de la Carta Política”.

De lo anterior se deduce, no hay motivos para negar la condición de salario que tiene la bonificación judicial deprecada por la parte actora.

CONDENA EN COSTAS

También; encuentra la Sala su desacuerdo en la condena en costas emitida en el fallo primario, -numeral 7º-, y de antemano de advierte que será revocada esta por completo, toda vez que esta sanción desconoce la tesis jurisprudencial que ha venido protegiendo el Consejo de Estado, cuando afirma que solo procede la condena en costas, cuando se vislumbra mala fe en las actuaciones de la parte vencida. Al respecto, el H. Consejo de Estado, Sentencia de Unificación –SUJ-016-CE-S2-2019- de 2 de septiembre de 2019, Sección 2º-Sala de Conjueces, C.P. Dra. Carmen Anaya de Castellanos, señaló:

“...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 Estado¹⁶, 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.”

Corolario de lo anterior, según análisis del desarrollo del proceso, la parte vencida -demandada- atendió oportunamente a los llamados realizados por el Juez Aquo, al menos aquellos de carácter obligatorio, además en sus actuaciones no se vislumbra temeridad, mala fe y tampoco existen pruebas sobre la causación de aquellos, por ende, se itera el Despacho procederá a

revocar la condena que, en materia de costas procesales, impuso el fallo primario.

APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA NON REFORMATIO IN PEJUS

El fallo primario accedió a las pretensiones relacionadas con el reconocimiento del carácter de factor salarial de la bonificación judicial sobre algunas de las prestaciones sociales a que tiene derecho el demandante, dejando por fuera este carácter frente a la *bonificación por servicios prestados, prima de productividad y prima de servicios*, pero conforme se analizó en precedencia, es claro el apoyo de jurisprudencia internacional y nacional, a la condición de salario siempre que cumpla con ciertos requisitos, que son cumplidas a cabalidad por bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013 y beneficia a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante, sin distinción alguna, de ahí que esto sumado a las excepciones que plantea la jurisprudencia al principio de la *Non Reformatio In Pejus*, para introducir esta modificación al fallo inicial, aun cuando la parte demandante no se opuso a este.

CONCLUSIÓN:

1. Es claro que la bonificación judicial establecida por el Decreto 383 de 2013, acoge los requisitos definidos en el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo *-relativo a la protección del salario-*, ratificado por la Ley 54 de 1992, es decir; dicha bonificación constituye una erogación dineraria, que según las pruebas aportadas al proceso, es periódica y habitual, toda vez que se ha venido cancelando a la demandante **CLAUDIA MICHEL MARTÍNEZ QUICENO**, mes a mes, ininterrumpidamente, desde la misma fecha en que el decreto 383 de 2013, general efectos fiscales, 1º de Enero de 2013, de ahí que no pueda descartarse, el carácter de factor salarial, de la bonificación reclamada, frente a TODAS las prestaciones sociales, no solo para salud y pensión -como lo dispuso el Gobierno Nacional- y menos frente la vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías y sus intereses como lo apuntó el Juez Aquo, pues tampoco va en contra de las normas internacionales que como se dijo, entrañan este tema y hacen parte del bloque de constitucionalidad.
2. Existe la necesidad que la demandada, continúe reconociendo el carácter de factor salarial de la bonificación judicial reclamada, en adelante y mientras la señora **CLAUDIA MICHEL MARTÍNEZ**

QUICENO, ocupé cualquiera de los cargos que ha ocupado en la Rama Judicial u otro incluido por el Decreto 383 de 2013, como beneficiario de esta bonificación.

3. Ordenar a la demanda la reliquidación de todas las prestaciones sociales -sin distinción alguna- a que ha tenido derecho la demandante **CLAUDIA MICHEL MARTÍNEZ QUICENO**, desde el **20 de Diciembre de 2014**, por el fenómeno jurídico de la prescripción trienal, toda vez que la petición de pago de la bonificación judicial fue presentada el día 20 de Diciembre de 2017, y hasta la ejecutoria de esta sentencia, o en su defecto hasta que deje de ocupar un cargo que no esté incluido por esta norma como beneficiario, lo que ocurra primero y pagar las diferencias adeudadas
4. Deberá la demandada continuar con la liquidación de las prestaciones sociales, tomando esta bonificación como factor salarial y, después de la ejecutoria de esta sentencia, genere el demandante como contraprestación al desempeño del cargo actual, siempre que este se encuentre amparado por el Decreto 383 de 2013.
5. Se revocará la condena en costas-agencias de derecho.

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

13. FALLA

PRIMERO: ACEPTASE el Impedimento formulado por la Conjuez **LINA MARÍA HOYOS BOTERO**, Se aparta del conocimiento del presente asunto.

SEGUNDO: MODIFICAR los numerales 1º y 5º de la sentencia del 16 de Septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales, los cuales quedarán así;

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de 1) inconstitucionalidad. 2) Violación de normas presupuestales de reconocerse las pretensiones de la parte demandante; 3) integración del litisconsorcio necesario; 4) Ausencia de Causa Petendi; 5) Innominada. DECLARAR PROBADA la excepción de: “prescripción” respecto de los periodos anteriores al 20 de Diciembre de 2014”.

“QUINTO: A título de restablecimiento del derecho, SE ORDENA a la NACION-RAMA JUDICIAL-DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL, reconocer, en favor de **CLAUDIA MICHEL MARTÍNEZ**

QUICENO, la bonificación judicial creada por el Decreto 383 de 2013, como factor salarial, desde el 20 de Diciembre de 2014 y hasta la terminación definitiva de su vínculo laboral de la RAMA JUDICIAL. Para lo cual se reliquidan TODAS las prestaciones sociales (vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, etc). Percibidas por la parte actora y sufragara la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar atendiendo a cada uno de los cargos desempeñados y sus lapsos de duración. Las sumas reconocidas deben pagarse dentro de los términos fijados por los artículos 187 a 195 del CPACA, es decir, actualizarlos mediante la aplicación de los ajustes de valor, para lo cual la demandada, tendrá en cuenta la formula citada en la parte motiva de esta providencia y la forma como deberá hacer los ajustes. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la formula se aplicará separadamente a medida que se causaron cada uno de los conceptos laborales”.

TERCERO: REVOCAR el numeral 7º de la sentencia de 16 de Septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Administrativo Transitorio del Circuito de Manizales y, en consecuencia, NO condenar en costas.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de 16 de Septiembre de 2021, proferida por Juzgado Transitorio Administrativo del Circuito de Manizales, que puso fin a la primera instancia de este proceso.

QUINTO: 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.

SEXTO: EJECUTORIADO este fallo, devuélvase el expediente al **DESPACHO** de origen.

NOTIFÍQUESE y CUMPLASE

Discutida y aprobada en **SALA VIRTUAL** celebrada el día .

Los Conjueces:



JOSÉ NICOLAS CASTAÑO GARCÍA

Conjuez Ponente

IMPEDIDA

LINA MARÍA HOYOS BOTERO

Conjuez



TOMÁS FELIPE MORA GÓMEZ

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. 221 del 13 de Diciembre de 2023.



VILMA PATRICIA RODRÍGUEZ CÁRDENAS

Secretaria

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

SALA SEGUNDA DUAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Fernando Alberto Álvarez Beltrán

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Medio de control	Popular
Radicación	17 001 23 33 000 2020 00253 00
Demandante	Sebastián Martínez Flórez y Óscar Jaime Castañeda Llanos
Demandado	Corporación Autónoma Regional de Caldas, Corpocaldas.
Vinculadas	Municipio de Neira - Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC -, Asociación de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico y Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar
Providencia	Sentencia No. 249

Procede la Sala Dual Segunda de Decisión del Tribunal Administrativo de Caldas, a proferir sentencia de primera instancia dentro del asunto de la referencia.

I. Antecedentes:

1. Pretensiones.

Los accionantes solicitan:

“Se defina la situación del estado ambiental de todas las microcuencas del Municipio de Neira Caldas, además se desarrolle un estudio técnico de la calidad del agua que nace y surten las diferentes comunidades de las localidades rurales que se sirven de dichas microcuencas se ordene que donde se han generado erosiones se realicen las respetivas acciones ambientales tendientes a recuperar las zonas mediante la construcción de obras civiles o siembras de especies que recuperen la zona para evitar que siga llegando tierra a las microcuencas y a las quebradas que luego serán las que sirvan para la recolección de agua.

SE ORDENE A CORPOCALDAS QUE RINDA INFORME AL DESPACHO EN EL QUE CERTIFIQUE CUANTAS Y DONDE ESTAN

LAS MICROCUENCAS QUE SIRVEN DE NACIEMIENTOS DE AGUA EN BENEFICIO DE LAS COMUNIDADES ATRÁS ENLISTADAS.

QUE SE ORDENE A CORPOCALDAS CERTIFICAR QUE TODAS LAS MICROCUENCAS TIENEN FRANJA PROTECTORA PARA LAS FUENTES DE AGUAS DE 100 METROS A LA REDONDA Y 30 METROS PARA LOS HUMEDALES.

QUE SE ORDENE A CORPOCALDAS CERTIFICAR Y EN LO SUCESIVO VERIFICAR QUE EL AGUA QUE LLEGA A ESTAS COMUNIDADES ESTÁ LIMPIO, ES DECIR QUE NO HAY EN SU COMPONENTE RESIDUOS QUIMICOS PROVENIENTES DE LAS EMPRESAS Y CIUDADANOS QUE REALIZAN ACTIVIDADES AGRICOLAS, AGROPECUARIAS, GANADERAS DE CULTIVO DE AGUACATE, SEMBRADO DE PINO, REALIZACION DE ACTIVIDADES MINERAS.

SE ORDENE REFORESTACION POR PARTE DE CORPOCALDAS DE LOS ABACOS RURALES A LOS PEQUEÑOS TENEDORES DE TIERRA SE BRINDEN ALTERNATIVAS DE PRODUCCION SOSTENIBLE.

Seamos convocados a los espacios de toma de decisiones que nos afectan, en respeto nuestro derecho de participación ciudadana en las actividades del medio ambiente y calidad del agua.

Se proteja la moralidad administrativa, haciendo públicas todas las actuaciones que busquen protección del medio ambiente y la calidad del agua.

Igualmente, con relación a nuestro interés de protección de los Derechos ambientales y la protección del agua como Derecho Fundamental conexo a la vida digna, como lo ha dejado claro el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos de cierre, se garantice la protección del agua en condiciones aceptables para el consumo Humano de los habitantes de la zona rural del Municipio de Neira Caldas

SEGUNDO: Las demás acciones correlativas al cumplimiento de estas peticiones. Ello reiterando el reconocimiento de nuestro Derecho Fundamental al Agua en el aprovechamiento de las microcuencas del municipio.”

2. Derechos colectivos vulnerados.

Afirman los demandantes que se les han vulnerado los derechos colectivos que denomina “moralidad administrativa, el saneamiento ambiental en conexidad con la vida digna, servicio de salud, derecho al agua; derecho a un ambiente sano y protección de la diversidad e integridad del ambiente; protección a los recursos naturales; y, el cumplimiento de la ley de fajas forestales de acuerdo a la ley ambiental”, considerándolos vulnerados por las accionadas y por personas naturales y empresas dedicadas al cultivo de aguacate, sembrado de pino, la realización de actividades mineras, actividades agropecuarias y ganaderas.

3. Hechos.

De los hechos que el actor popular señala en la demanda, se destacan los siguientes:

- Que las comunidades Pan de azúcar, Trocaderos, los Zainos, el descanso, Tareas, Aguacatal, Armenia, Cholito, El Rio, Llano grande, Yunque, Esperanza, La Isla, Laurel, Zanjón, Pueblo Rico, Pueblo Viejo, El Jardín, Gregorita, El Limón, El Guineo, Cuba, Changay, Santa Isabel, Guacaica, Buenos Aires La Mesa, San Pablo, Tapias Irra, Quebrada Negra; todas del municipio de Neira, Caldas, las cuales se abastecen de varias fuentes hídricas del sector, requiriendo de agua para la realización de sus diferentes actividades humanas y agrícolas.

- Que la actividad de aprovechamiento de agua ejercida por los pobladores del Municipio de Neira se ha realizado de manera responsable en procura de la salvaguarda de las cuencas, su tratamiento y reforestación; pero que, ahora se ven enfrentadas a amenazas de conservación y calidad del agua que nacen de las diferentes microcuencas; ello debido a las actividades agrícolas, agropecuarias, ganaderas y cultivos de aguacates que en los últimos años se han asentado en dicho Municipio.

- Que las microcuencas que abastecen a los pobladores de las veredas mencionadas producen una cantidad de agua que benefician a 15.000 personas aproximadamente, las cuales habitan allí; tanto para el consumo humano como, para el de los animales del sector.

- Que, con la llegada de empresas dedicadas a diferentes cultivos, como el de aguacate, hay un cambio en la realidad ambiental, económica y social del municipio de Neira; y que, no siendo apta la calidad de agua para consumo humano en diferentes veredas; pues las empresa y ciudadanos que realizan actividades de cultivo de aguacate, sembrado de pino, actividades mineras y otros, solo han pensado en sus intereses económicos, omitiendo los deberes de adecuación del terreno respeto de las microcuencas y áreas adyacentes.

- Afirman que, existe una afectación con los químicos empleados en las zonas de cultivos; así como con las heces y residuos del ganado, que se van directamente a las microcuencas, llegando a las casas de los afectados; sin que

exista un acompañamiento de técnicos por las entidades que deben realizar la vigilancia e inspección de estos cultivos

- **Contestación de la demanda.**

- **Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS -
(Documento 044 expediente digital)**

La demandada Corporación Autónoma Regional de Caldas, en adelante CORPOCALDAS contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, pronunciándose sobre los cuerpos de agua y zonas de abastecimiento, y las entidades a cargo de su protección; y, sostiene que, corresponde a los entes territoriales municipales administrar, al igual que generar los instrumentos y medidas necesarias para salvaguardar las zonas protegidas por sus propias disposiciones, sin que CORPOCALDAS en virtud del principio de autonomía territorial, pueda injerir del dicho proceso, pues su función en tal sentido es eminentemente subsidiaria y se circunscribe a generar los estudios e insumos necesarios para que el municipio realice su actividad en el marco de la descentralización que le es propia a los asunto territoriales.

Sostiene que, la Gobernación de Caldas y Corpocaldas, han venido dando especial importancia a la actividad económica agropecuaria existente en el Municipio de Neira, *“siendo convocados igualmente por la Secretaría Departamental de agricultura a la mesa de aguacate, con el fin de conformar una agenda conjunta de acciones que permitan afrontar efectos o impactos del cultivo de aguacate en Caldas”*, frente a lo cual Corpocaldas a su vez, ha conformado una mesa específica ambiental para la misma temática, iniciando reuniones y visitas de campo con las administraciones Municipales de Neira, Aranzazu, Salamina, Pácora y Aguadas, insumo técnico que establece que dichos programas se encuentran a cargo de las citadas entidades territoriales, cumpliendo la Corporación con una labor de colaboración frente a las mismas.

Afirma que la protección de los nacimientos, corrientes de agua y sus fajas forestales protectoras, corresponden a los propietarios de los inmuebles rurales sean estos particulares o al Municipio, quien, según las normas, es el guardián del espacio público.

Con relación a la prestación de los servicios públicos domiciliarios expone que, las Corporaciones Autónomas Regionales no constituyen empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios; de manera que, a su juicio, la acción impetrada carece de sustento fáctico, administrativo, técnico y legal alguno, respecto de la Corporación Autónoma Regional de Caldas, pues los hechos relacionados en la demanda no dan cuenta de transgresión de derecho colectivo alguno, por acción u omisión por parte de la entidad, en lo que respecta a la prestación del servicio público de acueducto para los habitantes de algunos centros poblados rurales del Municipio de Neira su regularización sanitaria corresponde a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, para lo cual se viene adelantando por el ente municipal con el acompañamiento del Departamento de Caldas, la formulación de un proyecto ante la Nación-Ministerio de Ambiente, Ciudad y Territorio.

Con relación a la legalización de la concesión de aguas de los sistemas de acueducto de algunas zonas rurales del Municipio de Neira, señala que, para la captación de aguas de dominio público es preciso solicitar y obtener la concesión para el uso de aguas de esta categoría –de dominio público-, tal como lo establece el artículo 86 del Decreto-ley 2811 de 1974; y que, la Corporación Autónoma Regional de Caldas, carece de competencia para solucionar la problemática planteada por los actores populares en su demanda, por no tener injerencia en la autorización sanitaria para el uso del recurso hídrico más allá de autorizar su captación y aprovechamiento, sin que sea asunto de su competencia la potabilización, dado que es un ámbito que corresponde a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, como organismo a quien corresponde la autorización sanitaria del recurso hídrico para el consumo humano, en lo cual el trámite de concesión es preexistente, razones por las cuales CORPOCALDAS no ha incurrido en violación alguna de los derechos colectivos cuya protección se invoca razón por la cual no se entienden los fundamentos para la interposición del presente medio de control en su contra como parte pasiva en la acción de la referencia.

Finalmente propone las siguientes excepciones:

“Ausencia de transgresión de los derechos colectivos por la corporación autónoma y regional de caldas -Corpocaldas-, en atención a su órbita de

competencia”; fundada en que la Corporación, no ha incurrido en violación alguna de los derechos colectivos invocados por los demandantes.

“Falta de legitimación en causa por pasiva de Corpocaldas”, por cuanto la situación descrita en la demanda obedece a un incumplimiento en la obligación de la prestación del servicio público domiciliario de acueducto en algunas zonas rurales, que corresponde solucionar al Municipio de Neira; y, solicita desvinculación en el presente asunto.

- Vinculado municipio de Neira (Documento 061 expediente digital).

El vinculado municipio de Neira contesta la demanda pronunciándose frente a los hechos de la misma, y sostiene que éste ha advertido diversas irregularidades en la adecuación de los terrenos por parte de empresas y ciudadanos, sin que pueda afirmar con total certeza que se ha configurado responsabilidad de algún tipo por parte de estos, al encontrarse en curso procedimientos administrativos sancionatorios.

Afirma que les asiste razón a los accionantes en indicar que la comunidad, a través de sus representantes, expresó su inconformidad en las sesiones llevadas a cabo por el Concejo Municipal del Municipio de Neira, tal como dan cuenta las actas número 018 y 019 del diecisiete (17) y diecinueve (19) de febrero de 2020; no obstante, no se ha demostrado lo atinente a la calidad del agua, por no contar con el instrumento técnico para hacerlo, ni ser el Concejo de la municipalidad la autoridad competente para arribar a tal conclusión; pero se ha realizado por parte del ente territorial un seguimiento al cumplimiento de la franja protectora de las fuentes de agua, informando a la autoridad ambiental cuando se presentan irregularidades; sin que se logre advertir la amenaza o vulneración de intereses colectivos por parte del municipio de Neira, configurándose así su falta de legitimación en la causa por pasiva.

Finalmente, propone las siguientes excepciones:

“Ausencia de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Neira”, fundado en que los demandantes no dan razones fácticas ni jurídicas que atribuyan los hechos a la responsabilidad frente al ente territorial; y sostiene que, Corpocaldas ha estado involucrada en los hechos que, a juicio de los actores

populares, han vulnerado derechos e intereses colectivos en el Municipio de Neira, Caldas, exponiendo sobre la responsabilidad de cada uno en temas ambientales; y, que, le corresponde entonces a Corpocaldas ejercer las funciones atinentes a la vigilancia en el manejo de los recursos naturales e imponer sanciones y desplegar las actividades necesarias para recuperar las tierras y las cuencas hídricas.

“Ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos en el caso bajo examen por parte del municipio de Neira”, argumentando que, el municipio de Neira no ha sido infractor de los derechos colectivos invocados, y no hay prueba de la existencia del peligro, agravio o daño contingente.

“Cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del municipio de Neira”, reiterando que, el municipio no ha propiciado la amenaza, ni vulneración de los derechos colectivos ni fundamentales alegados por los actores populares.

- Vinculada Dirección Territorial de salud de Caldas – DTSC - (Documento 057 expediente digital).

La vinculada Dirección Territorial de Salud de Caldas, en adelante – DTSC –, contesta la demanda sosteniendo que no le constan los hechos de la misma, y se opone a las pretensiones por considerar que las situaciones fácticas que constituyen el fundamento de la demanda no tienen como origen la actuación de la DTSC, y afirma que, no reposan dentro del proceso pruebas que den cuenta de su actuación o responsabilidad.

Sostiene que, conforme, a su competencia, se ha encargado de tomar muestras de la calidad del agua para consumo, obteniendo como resultado que son inviables sanitariamente, conforme a las muestras obtenidas por dicho laboratorio; y que, desde el punto de vista microbiológico el agua del río fuente de la que se surte el acueducto de Pueblo Rico presenta elevados niveles de contaminación que hacen de este un producto inviable sanitariamente y requiera un tratamiento especial, no obstante, no es la DTSC quien garantiza la prestación de servicios públicos rurales, por tanto, no tendría responsabilidad alguna frente a la vulneración de derechos e intereses colectivos por contaminación y prestación de servicios públicos, de los actores; afirmando que esa competencia radica en otras entidades; sumado a que, no se ha demostrado

un perjuicio cierto, real, especial y directo en cabeza de los titulares de los derechos.

Formula las siguientes excepciones:

“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, exponiendo que la competencia en el asunto de la referencia corresponde al Vice Ministerio de Aguas; y porque la DTSC se encarga de ejercer la inspección vigilancia y control en el territorio de su jurisdicción en relación con la salud, pero no tiene competencias de autoridad ambiental, ni de medio ambiente; como si la tiene el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y las Corporaciones Autónomas Regionales son las encargadas de lo relacionado con el aprovechamiento sostenible y racional de los recursos naturales renovables y del medio ambiente en su respectiva jurisdicción.

“Ausencia de responsabilidad” e *“Inexistencia de violación de los derechos colectivos por parte de la DTSC”*, fundadas en que, no es la entidad responsable del daño presuntamente ocasionado a los demandantes, que la DTSC cumplió con los deberes impuestos por la ley relacionados con su competencia en este asunto; y que, no hay prueba de la afectación o amenaza en este caso de los derechos colectivos que dicen los demandantes les fueron vulnerados; y *“Excepción genérica”*.

- Vinculada Asociación de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico (Documento 128 expediente digital).

La vinculada asociación de usuarios se opone a las pretensiones de la demanda, y manifiesta que, son una entidad sin ánimo de lucro que hace uso del agua en los términos y las condiciones que se describen en la licencia que les permite el aprovechamiento del líquido; pero que, en ninguna parte del expediente se prueba que la contaminación de las aguas relacionadas tenga un nexo causal con el uso que de la misma hacen sus usuarios, razón por la cual, considera que, al no existir esa evidencia, resulta improcedente su vinculación al proceso.

Propone la excepción que denomina: *“La asociación de usuarios de servicios colectivos de pueblo rico es un tercero absoluto”*, y afirma que no hay razón de

su vinculación, por cuanto sus atribuciones y competencias como asociación privada al servicio de unos usuarios específicos, no supera la de la administración de un recurso hídrico; por lo que, no tiene la competencia ni los recursos, ni las atribuciones legales o administrativas para atender la descontaminación de aguas vertidas, en caso de que éstas llegaren a demostrarse.

- Vinculada Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar (Documento 129 expediente digital).

La vinculada asociación contestó la demanda oponiéndose a sus pretensiones, y, manifiesta que la asociación de usuarios del abasto Pan de Azúcar presta el servicio de agua para labores agrícolas y animales para un sector rural del Municipio de Neira, afirmando que, el agua proporcionada a los propietarios del sector, no es apta para el consumo humano; y que, dicha asociación no tiene injerencia alguna con asunto planteado en los hechos de la demanda, y que se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso

Propone como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que, el servicio que presta de agua para labores agrícolas no tiene relación alguna con los hechos de la demanda.

7. Audiencia de pacto.

El día 11 de noviembre de 2021 se llevó a cabo audiencia de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida (Documento 080 del expediente digital).

8. Alegatos de conclusión

- Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS – (Documento 114 del expediente digital).**

La demandada en su escrito de alegatos expone que, Corpocaldas no tiene injerencia en las actividades que según los actores populares vienen generando las amenazas en el recurso hídrico; y que ello se acreditó mediante los testimonios rendidos dentro del proceso, correspondiendo ello a situaciones

diferentes a la acción u omisión de la Corporación; quien ha adelantado los procesos sancionatorios necesarios, al evidenciarse afectaciones ambientales en las microcuencas existentes en el Municipio de Neira.

Agrega que, ha realizado visitas al lugar, y junto con la Gobernación de Caldas han dado especial importancia a la actividad económica agropecuaria existente en el Municipio de Neira, frente a lo cual ha conformado una mesa específica ambiental, realizando reuniones y visitas de campo con las administraciones municipales de Neira, Aranzazu, Salamina, Pácora y Aguadas, siendo competencia de las entidades territoriales los efectos o impactos del cultivo de aguacate en Caldas, lo cual denota un efectivo cumplimiento de las obligaciones por parte de Corpocaldas, respecto de la labor de colaboración que debe ejercer ante los entes municipales.

Concluye que, la protección de los nacimientos, corrientes de agua y sus fajas forestales protectoras, corresponden a los propietarios de los inmuebles rurales sean estos particulares o al Municipio, quien según las normas, es el guardián del espacio público; y que, para mejorar la situación de protección del estado ambiental de todas las microcuencas abastecedoras del Municipio de Neira Caldas, se creó un esquema de control municipal en el cual colaboró la Corporación en la actualización y fortalecimiento el documento técnico de soporte adoptado mediante acuerdo municipal.

- Municipio de Neira, Caldas – (Documento 115 del expediente digital).

El municipio de Neira reitera en su escrito de alegatos lo manifestado en la contestación de la demanda, y aduce la ausencia de legitimación en la causa por pasiva por parte del ente territorial, afirmando que la entidad especializada en temas ambientales es Corpocaldas; se refiere a la ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos por parte del municipio, y que los actores populares no demandaron al municipio, sino que fue vinculado por el Despacho.

Afirma que el municipio de Neira ha realizado trabajo y seguimiento a las empresas como WAKATE S.A.S. y otros particulares que han puesto en riesgo los recursos ambientales del municipio; así como ha identificado las áreas abastecedoras de acueductos para el consumo humano; ha reglamentado el

uso y manejo de ÁBACOS o microcuencas abastecedoras; y, ha procurado la restauración, reconversión productiva, buenas prácticas ambientales en las actividades productivas, incentivos a la conservación y certificaciones del riesgo de la calidad del agua de las fuentes abastecedoras; cumpliendo con ello con las obligaciones constitucionales y legales a su cargo.

Cita la suscripción del convenio número 2021-219 el 13 de noviembre de 2021 entre el municipio de Neira y Corpocaldas para la demarcación de fajas forestales protectoras y recuperación de dichas áreas por valor de \$206.788.866,00; y que, durante las sesiones de trabajo del equipo conformado por varias entidades, a través de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, se estableció realizar regularmente la vigilancia de la calidad del agua.

Concluye que no se demostró la trasgresión de derechos colectivos; que hay un hecho superado por haberse adelantado las acciones necesarias en procura del cuidado de las fuentes hídricas del municipio, y solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

- Dirección Territorial de Salud de Caldas - DTSC – (Documento 116 del expediente digital).

La DTSC presentó su escrito de alegatos, afirmando que, dentro de las pruebas que reposan dentro del proceso, no existe vulneración de los derechos e intereses colectivos a la comunidad; y que, no se ha comprobado un perjuicio cierto, real, especial y directo en cabeza de los titulares de los derechos y, no se encuentra acreditada la existencia de un nexo causal entre la conducta desplegada por la Dirección Territorial de Salud de Caldas y el perjuicio que dicen los accionantes se causó.

Sostiene que no existe incumplimiento ni omisión que pueda pregonarse como causa de afectación o amenaza a los derechos colectivos referidos en la demanda, y que, la presunta vulneración a derechos e intereses colectivos no es atribuible a la Dirección Territorial de Salud de Caldas, ya que si bien, esta entidad hace parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no tiene relación con las competencias dadas al municipio para dirigir el tema ambiental.

9. Concepto del Ministerio Público (Documento 117 expediente digital)

El Ministerio Público rindió concepto haciendo un recuento de la demanda, los fundamentos de hecho, los derechos colectivos que se presumen vulnerados, y contestación de la demanda.

Hace una exposición sobre la naturaleza jurídica de la acción popular, con extensas citas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado relacionadas con los recursos naturales y protección del medio ambiente; e igualmente del goce de un ambiente sano de conformidad con lo establecido en la Constitución, la Ley y las disposiciones reglamentarias; del derecho colectivo a la existencia del equilibrio ecológico; y al marco normativo de orden territorial.

Continúa con un análisis probatorio de las pruebas documentales que reposan dentro del proceso, así como de la testimonial y de las normas relacionadas con las competencias de las demandadas y vinculadas en este asunto, concluyendo que, la protección de los nacimientos, corrientes de agua y sus fajas forestales protectoras, corresponde a los propietarios de los inmuebles rurales sean estos particulares o al Municipio, ente territorial que, según la normatividad vigente, es el guardián del espacio público; y que, las microcuencas abastecedoras hacen parte de la estructura ecológica municipal que tiene la corporación identificada y la cual es informada y entregada a los municipios como determinante ambiental del ordenamiento territorial, administración que corresponde a los entes territoriales municipales, al igual que generar los instrumentos y medidas necesarias para salvaguardar las zonas protegidas por sus propias normas.

Afirma el señor Agente del Ministerio Público que, se evidencia la necesidad de proteger las fuentes hídricas ante la afectación producida por el desarrollo de actividades agropecuarias, concretamente, la sedimentación generada por la apertura de vías vehiculares, al igual que la infracción de las fajas protectoras y el deterioro a la calidad del agua demostrado según las mediciones realizada por la autoridad competente; y que, en el presente caso concurren los supuestos sustanciales para la procedencia de la acción popular, es decir, la existencia de una acción u omisión por parte de autoridades públicas o de los particulares, en relación con el cumplimiento de sus deberes legales; la existencia de un daño contingente, peligro, amenaza, o vulneración de derechos o intereses colectivos;

y, la relación de causalidad entre la acción u omisión, y la afectación de los derechos e intereses mencionados.

Concluye que, en este caso se reúnen los presupuestos para la prosperidad de la acción popular y se estructuran los elementos para declarar la responsabilidad de la entidad accionada por la vulneración de los derechos colectivos, así como para impartir las órdenes tendientes a su protección, las cuales deben ser cumplidas por el ente territorial en el ámbito de las funciones y competencias, posición que se encuentra sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y se ajusta a las reglas definidas por el Consejo de Estado sobre la naturaleza y finalidad de la acción popular. Todo ello, al encontrar acreditada la vulneración de los derechos colectivos al goce de un ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución; la conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, así como la preservación y restauración del medio ambiente; el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, debido a la afectación de las fuentes hídricas producida por el desarrollo de actividades agropecuarias, concretamente, la sedimentación generada por la apertura de vías vehiculares, al igual que en razón de la inobservancia de las fajas protectoras y el deterioro a la calidad del agua, por causa de las acciones y omisiones en que han incurrido el ente territorial accionado, siendo procedente a su juicio, el decreto de su protección, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda, concediendo la protección de los mismos, e impartiendo las órdenes necesarias en los plazos prudenciales.

I. Consideraciones de la Sala

Cuestión previa.

De conformidad con lo previsto en el artículo 160 A del C.C.A., procede esta Sala a decidir sobre la declaración de impedimento formulada por el Magistrado Augusto Morales Valencia, para conocer del proceso en el ejercicio del medio de control de la referencia; quien manifiesta su impedimento para conocer del presente proceso, por cuanto considera, se encuentra incurso en la causal consagrada en los artículos 130 y 131 numeral 3 del CPACA , por cuanto es

copropietario, con sus hermanos de dos predios (fincas) ubicados en la vereda Trocaderos – Pan de Azúcar del municipio de Neira, asistiéndole un interés directo en el asunto y de su familia, al ser usuarios y suscriptores del servicio del acueducto veredal, y abastecerse de las aguas internas que pueden resultar afectadas con la problemática expuesta en la demanda.

El artículo 130 del CPACA establece que los magistrados y jueces deben declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, sustituido por el artículo 141 del CGP., dicha preceptiva¹, establece lo siguiente:

“Artículo 141. Causales de recusación. Son causales de recusación las siguientes:

...

Tener el juez, su cónyuge, compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, interés directo en las resultados del proceso. (...)”.

Así las cosas, la situación planteada por el Magistrado Augusto Morales Valencia, se ajusta al contenido del artículo 141-1 del Código General del Proceso, y por lo mismo, constituye impedimento para conocer del proceso; de manera que, se aceptará el impedimento en mención, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

1. Competencia.

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, una vez revisados los presupuestos procesales de la acción y del procedimiento, y al comprender el Tribunal que no se da causal alguna que venga a dejar sin valor la actuación que hasta aquí se ha surtido, procede a decidir sobre el fondo del asunto litigado en **primera instancia**.

2. Problema jurídico a resolver

¿Se encuentra probada la vulneración de los derechos a la moralidad administrativa; saneamiento ambiental en conexidad con la vida digna; servicio

¹ Antes, numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

de salud, derecho al agua; derecho a un ambiente sano y protección de la diversidad e integridad del ambiente; protección a los recursos naturales; y, el cumplimiento de la regulación de fajas ambientales?

Y, de ser así,

¿A qué entidades resulta imputable dicha vulneración?

3. Procedencia de la acción

La acción popular que con anterioridad a la Constitución de 1991 tenía regulación meramente legal en los artículos 1005 a 1007, 2359 y 2360 del Código Civil, así como también en otras disposiciones como el Código de Recursos Naturales (Ley 23 de 1973 y Decreto 2811 de 1974), la ley 9ª de 1989, en el tema de recuperación del espacio público y el medio ambiente; el estatuto del consumidor Decreto Ley 3466 de 1982 y la ley 45 de 1990 sobre intermediación financiera, fue elevada a consagración constitucional en la actual Carta Política, en el artículo 88, desarrollado mediante la Ley 472 de 1998.

La mencionada Ley, en su artículo 2º, inciso segundo, señala que las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible; igualmente el artículo 9º ibidem prevé que este medio de defensa procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que sea violatorio o amenace violar los derechos e intereses colectivos.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reiterado que los supuestos sustanciales para la procedencia de la acción popular son los siguientes: a) una acción u omisión de la parte demandada, b) un daño contingente, peligro, amenaza, vulneración o agravio de derechos o intereses colectivos, peligro o amenaza que no es en modo alguno el que proviene de todo riesgo normal de la actividad humana y, c) relación de causalidad entre la acción u omisión y la señalada afectación de tales derechos e intereses.

La Ley 472 de agosto 5 de 1998 cuya finalidad es la protección de los derechos e intereses colectivos, cuando éstos resulten amenazados por la acción u

omisión de las autoridades públicas o de los particulares, reguló las acciones populares, sobre las cuales cabe señalar que tienen un carácter preventivo, como quiera que se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (artículo 2°).

El artículo 4° enuncia los derechos colectivos susceptibles de protección, los cuales están relacionados así:

- “a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;*
 - b) La moralidad administrativa;*
 - c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;*
 - d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;*
 - e) La defensa del patrimonio público;*
 - f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;*
 - g) La seguridad y salubridad públicas;*
 - h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;*
 - i) La libre competencia económica;*
 - j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;*
 - k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;*
 - l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;*
 - m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;*
 - n) Los derechos de los consumidores y usuarios.*
- Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de Derecho Internacional celebrados por Colombia.”*

La norma señaló igualmente que gozan del mismo carácter de derechos e intereses colectivos, los distinguidos por la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

La Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagró como medio de

control la protección de los derechos e intereses colectivos en los siguientes términos:

“Artículo 144. Protección de los derechos e intereses colectivos. cualquier persona puede demandar la protección de los derechos e intereses colectivos para lo cual podrá pedir que se adopten las medidas necesarias con el fin de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los mismos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

Esta procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y de los particulares, que hayan violado o amenacen los derechos e intereses colectivos, y con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el demandante deberá solicitar a la entidad que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado².

4. Excepciones

Corpocaldas formuló las excepciones que denominó: *“Ausencia de transgresión de los derechos colectivos por la corporación autónoma y regional de caldas - Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”* y, *“Falta de legitimación en causa por pasiva de Corpocaldas”*

El municipio de Neira propuso las excepciones de *“Ausencia de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Neira”*, *“Ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos en el caso bajo examen por parte del municipio de Neira”* y, *“Cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del municipio de Neira”*.

La vinculada Dirección Territorial de Salud de Caldas presentó las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“Ausencia de responsabilidad”* e *“Inexistencia de violación de los derechos colectivos por parte de la DTSC”*, y la *“Excepción genérica”*.

La Vinculada Asociación de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico formuló la excepción que denominó *“La asociación de usuarios de servicios colectivos de pueblo rico es un tercero absoluto”*.

Y, la vinculada Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar planteó la excepción de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

Ahora bien, en relación con dichas excepciones luego de analizada su fundamentación estima la Sala de Decisión que, por cuanto guardan relación sustancial con la discusión de fondo de este medio de control, se resolverán con este.

5. Análisis probatorio.

Ahora bien, con el fin de abordar el objeto del presente asunto, es preciso analizar las pruebas que obran en el plenario, para de esta manera determinar si existe vulneración o afectación de los derechos colectivos y, posteriormente, establecer la responsabilidad de las entidades demandadas y vinculada, si hay lugar a ello, de acuerdo con sus competencias.

5.1 De las pruebas obrantes en el proceso.

Documentales

- **Informe de visita técnica de 14 de febrero de 2020. (Fls. 10 a 15 del documento 02 del expediente digital)**

La Secretaría de Planeación del municipio de Neira de Neira realiza visita a las microcuencas abastecedoras del sector Cardal, Cardalito, Felicia, Pan de Azúcar y Juntas el día 14 de febrero de 2020 asiste a las microcuencas abastecedoras del sector Cardal, Cardalito, Felicia, Pan de Azúcar y Juntas, consigna que, hacia la parte alta de la Bocatoma, en cercanías de la quebrada Chupaderos, se empiezan a evidenciar monocultivos de aguacate; observando deforestación en zonas de bosque nativo.

Del informe se resalta:

“Las fuentes hídricas que abastecen la subcuenca del Rio Tareas se pueden estar viendo seriamente amenazadas por la plantación de monocultivo de aguacate según las condiciones advertidas en este informe, lo cual disminuye la infiltración de aguas y produce un aumento en la evapotranspiración, esto produce que los drenajes de la zona disminuyan su caudal, viéndose afectadas comunidades que se abastecen de las bocatomas de Pan de azúcar y de Los Chorros; en adición a esto la evidencia de uso de herbicidas agrícolas puede conllevar a la contaminación de las aguas de estas microcuencas.

Se pudo observar que las normas exigidas por Corpocaldas en la resolución 0193 de 2020 no están siendo respetadas, como caso critico se presenta el de los humedales, en donde la franja protectora debe ser de 100 metros a partir del perímetro de este y con preocupación se evidencian plantaciones e incluso uso de agentes con contaminantes directamente sobre estos.”

- **Informes de resultados del Instituto Nacional de Salud por muestra por persona prestadora (Documentos 051 a 055 del expediente digital).**

De los informes mencionados se extrae la siguiente información relacionada con muestras de agua recaudadas en el municipio de Neira:

Persona prestadora	Toma de la muestra	Nivel de riesgo
Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar	4/20/2021	Alto
Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar	5/18/2921	Inviabile sanitariamente
Asociación de usuarios de aguas de Tapias	5/11/2021	Alto
Asociación de usuarios de aguas de Tapias	7/21/2921	Alto
Asociación de usuarios de servicios colectivos de Quebrada Negra	7/21/2021	Inviabile sanitariamente
Asociación de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico	7/12/2021	Inviabile sanitariamente
Asociación de usuarios de servicios colectivos La Gregorita	4/11/2021	Alto
Asociación de usuarios de servicios colectivos La Gregorita	6/15/2021	Inviabile sanitariamente

Vereda_PP	Persona Prestadora	Tipo de suministro	Sistema de distribución	Desinfectante	Nivel de Riesgo
LA GREGORITA	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS LA GREGORITA	Abasto	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS LA GREGORITA	NO USAN	ALTO

				NO USAN	
CUBA	ASOCUBA	Abasto	ASOCUBA		ALTO
NO APLICA	ASOCIACIÓN ACUEDUCTO VEREDA SHANGAY	Abasto	ASOCIACIÓN ACUEDUCTO VEREDA SHANGAY	NO USAN	INVIABLE SANITARIAMENTE
NO APLICA	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS PAN DE AZÚCAR	Carro tanque	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS PAN DE AZÚCAR	NO USAN	ALTO
TAPIAS	ASOCIACIÓN DE USUARIOS AGUAS DE TAPIAS	Abasto	ASOCIACIÓN DE USUARIOS AGUAS DE TAPIAS	NO USAN	ALTO
CUBA	ASOCUBA	Abasto	ASOCUBA	NO USAN	INVIABLE SANITARIAMENTE
NO APLICA	ASOCIACIÓN ACUEDUCTO VEREDA SHANGAY	Abasto	ASOCIACIÓN ACUEDUCTO VEREDA SHANGAY	NO USAN	INVIABLE SANITARIAMENTE
NO APLICA	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS PAN DE AZÚCAR	Carro tanque	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS PAN DE AZÚCAR	NO USAN	INVIABLE SANITARIAMENTE
LA GREGORITA	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS LA GREGORITA	Abasto	ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS COLECTIVOS LA GREGORITA	NO USAN	INVIABLE SANITARIAMENTE

- **Oficio enviado por la gerencia de Wakate al alcalde municipal de Neira el 2 de junio de 2020.**

“(…) Hemos venido trabajando de la mano de Corpocaldas y las instituciones del municipio de Neira, con el fin de ajustar nuestro cultivo a la normatividad legal aplicable y cumplir con los estándares que se imponen a nivel nacional e internacional para el aguacate Hass. En ese sentido, desde el inicio de nuestra operación, por convencimiento y responsabilidad empresarial adoptamos un plan de mitigación del impacto ambiental y para la prevención de los riesgos que pudieren

derivarse de nuestra actividad agrícola no obstante no estar obligados a contar con una licencia ambiental (...)

Siempre hemos tenido como pilar fundamental la protección y cuidado del medio ambiente, es así como, al iniciar nuestro proyecto, recibimos unos predios con 573,2 hectáreas en bosques y 1.106 hectáreas dedicadas a la explotación ganadera, y nuestro propósito es pasar a 829,2 hectáreas de conversión y 850 hectáreas de cultivo sostenible, donde tenemos como propósito la reforestación de 70.882 árboles nativos, en fajas de retiro, corredores, islas, humedales y densificación de bosques; pasando a un 49,3% de área en conservación del total del predio; sustituyendo bosques maderables por bosques nativos, fortaleciendo la conectividad ecológica, protegiendo y preservando los recursos hídricos, la fauna y la flora y en general la biodiversidad de esta importante zona (...)"

- **Oficio de agosto 1 de 2020, enviado por la alcaldía municipal de Neira al gerente de Wakate.**

En el cual hace un requerimiento, solicitando autorización y concepto técnico sobre movimiento de tierras y corte de vías; solicitando la suspensión inmediata de las labores de corte y apertura de vías.

- **Oficio de 11 de agosto de 2020, enviado por el gerente de Wakate a la alcaldía municipal de Neira, dando respuesta al requerimiento.**
- **Informe sobre las actuaciones emprendidas en el marco de la construcción de una propuesta de pacto de cumplimiento presentado por la Secretaría de Desarrollo Rural y Gestión Ambiental del municipio de Neira. (Documento 85 del expediente digital).**

Es importante mencionar que, de acuerdo a las pretensiones demandadas, el Municipio de Neira a través de la Secretaría de Planeación y la Corporación Autónoma Regional de Caldas, elaboraron en julio del año corriente un Documento Técnico de Soporte sobre el estado actual de las Áreas Abastecedoras de Acueductos para Consumo Humano - ABACOS o Microcuencas abastecedoras de acueductos que benefician a la población del área urbana y rural del Municipio de Neira (Caldas), las cuales fueron incorporadas como áreas de la Estructura Ecológica de Neira como suelo de

protección, en los términos de la Ley 388 de 1997, en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial-PBOT de Neira, mediante Modificación excepcional de normas urbanísticas.

Por otro lado, como se mencionó de manera precedente los ABACOS o Microcuencas abastecedoras fueron incorporadas como áreas de la Estructura Ecológica de Neira como suelo de protección, en los términos de la Ley 388 de 1997, en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial PBOT de Neira, mediante Modificación excepcional de normas urbanísticas a través del Acuerdo Municipal 008 del 29 de julio de 2021, el mismo que busca identificar y reglamentar los usos del suelo y manejo al interior de las microcuencas abastecedoras de acueductos del área urbana y rural del Municipio.

Así mismo, Se suscribió el convenio número 2021-219 el 13 de noviembre de 2021 entre el Municipio de Neira y CORPOCALDAS para la demarcación de fajas forestales protectoras y recuperación de dichas áreas por valor de \$206.788.866,00 conforme a los lineamientos establecidos en el Decreto 1076 de 2015 y los reglamentos regionales y municipales (30 metros sobre corrientes de agua y 100 metros sobre nacimientos).

- **Documento técnico de soporte y cartografía para la modificación excepcional de normas urbanísticas del Plan Básico de Ordenamiento Territorial- PBOT del municipio de Neira, Caldas de junio de 2021.**

Del documento en mención se extrae:

“(...) Por otro lado, como se mencionó de manera precedente los ABACOS o Microcuencas abastecedoras fueron incorporadas como áreas de la Estructura Ecológica de Neira como suelo de protección, en los términos de la Ley 388 de 1997, en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial PBOT de Neira, mediante Modificación excepcional de normas urbanísticas a través del Acuerdo Municipal 008 del 29 de julio de 2021, el mismo que busca identificar y reglamentar los usos del suelo y manejo al interior de las microcuencas abastecedoras de acueductos del área urbana y rural del Municipio.

Así mismo, Se suscribió el convenio número 2021-219 el 13 de noviembre de 2021 entre el Municipio de Neira y CORPOCALDAS para la demarcación de fajas forestales protectoras y recuperación de dichas áreas por valor de \$206.788.866,00 conforme a los lineamientos establecidos en el Decreto 1076 de 2015 y los reglamentos regionales y

municipales (30 metros sobre corrientes de agua y 100 metros sobre nacimientos).

(...)

En el presente documento se estableció para cada ABACO o Microcuenca abastecedora: el uso del suelo, estado de la cobertura vegetal, protección del recurso hídrico aguas arriba de las bocatomas hasta el nacimiento y se describió brevemente, la cobertura del suelo existente aguas abajo de la bocatoma. La información aquí suministrada acerca del estado de la infraestructura de los acueductos tales como desarenadores, tanques de almacenamiento y tubería fueron consultadas a los fontaneros y administradores de cada uno de los acueductos.

El presente documento técnico también contiene la medición del caudal tanto de la fuente hídrica como del caudal captado para el abastecimiento y el remanente, realizado a través de dos métodos de medición: un método fue el volumétrico y el otro el método del flotador, cada uno de estos métodos se utilizó dependiendo de las condiciones topográficas de la fuente.

A continuación, se describe el estado general de los acueductos para la zona urbana y rural del municipio de Neira y sus ABACOS o Microcuencas abastecedoras (...)

- **Copia del Acuerdo número 008 de 29 de julio de 2021, “Por medio del cual se realiza una modificación excepcional de normas urbanísticas al Plan Básico de Ordenamiento Territorial – PBOT del municipio de Neira adoptado mediante Decreto Municipal 026 de 16 de agosto de 2000.**

El documento en mención acuerda:

ARTÍCULO PRIMERO. Adiciónese un artículo al CAPÍTULO IV SUELO RURAL SECCIÓN 2 SUELO DE PROTECCIÓN 1. ÁREAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL el cual quedará así:

"ARTÍCULO 65A: Identificación de las Áreas abastecedoras de acueductos para consumo humano-ABACOS o Microcuencas abastecedoras del municipio de Neira. Las Áreas abastecedoras de acueductos para consumo humano-ABACOS o Microcuencas abastecedoras del municipio de Neira son las siguientes (...)

Los ABACOS o Microcuencas abastecedoras mencionadas se encuentran cartografiadas en el Plano 1 anexo del presente Acuerdo".

Parágrafo: El Documento técnico de soporte de la actual Modificación excepcional de normas urbanísticas y su cartografía, hacen parte integral del presente Acuerdo Municipal.

Parágrafo Segundo: Para incorporar nuevas microcuencas abastecedoras se realizará mediante acto administrativo expedido por el ejecutivo municipal previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

Concesión de aguas

Diagnóstico de la microcuenca a incorporar

Delimitación del área de la microcuenca y plano que la delimite

Población beneficiada.

ARTÍCULO SEGUNDO. Adiciónese un artículo al CAPÍTULO IV SUELO RURAL SECCIÓN 2 SUELO DE PROTECCIÓN 1. ÁREAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL el cual quedará así:

(...)

"ARTÍCULO 65B: Reglamentación de uso y manejo de las Áreas abastecedoras de acueductos para consumo humano-ABACOS o Microcuencas abastecedoras del municipio de Neira. La reglamentación de uso y manejo de los ABACOS o Microcuencas abastecedoras es la contenida en la Tabla a continuación.

(...)

PARAGRAFO: En tratándose de microcuencas abastecedoras ubicadas en áreas de reserva forestal central de la ley 2° segunda de 1959, se rige por lo definido en la Resolución 1527 de 2012, modificada por la Resolución 1274 de 2014 del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo sostenible (MADS); en cuanto a actividades permitidas en el artículo segundo (2°) parágrafo tres (3)

ARTÍCULO TERCERO. Adiciónese un artículo al CAPÍTULO IV SUELO RURAL SECCIÓN 2 SUELO DE PROTECCIÓN 1. ÁREAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL el cual quedará así:

"ARTÍCULO 65C: Proyectos estratégicos y acciones prioritarias en Áreas abastecedoras de acueductos para consumo humano-ABACOS o Microcuencas abastecedoras del municipio de Neira. Serán proyectos estratégicos y acciones prioritarias en los ABACOS o Microcuencas abastecedoras lo siguiente:

Proyectos de restauración.

Proyectos de reconversión productiva.

Proyectos de Buenas Prácticas Ambientales-BPA en las actividades productivas.

Incentivos a la conservación o Pago por servicios ambientales-PSA.

ARTÍCULO CUARTO. El presente Acuerdo rige a partir de su sanción y publicación."

5.2. De la prueba testimonial.

Dentro del proceso se recepcionaron los testimonios de las personas que a continuación se relacionan, con una síntesis de las versiones rendidas.

Testimonio de la señora Adriana Mercedes Martínez

Geóloga, especialista en derecho de medio ambiente, especialista en alta gerencia y Magíster en desarrollo sostenible y medio ambiente. Subdirectora de evaluación y seguimiento ambiental de Corpocaldas.

- Afirma que no han recibido solicitudes de revisión de tantas cuencas, pero sí de algunas, por usos de suelos; por operativos de Minería ilegal en veredas que limitan con el río Cauca, donde advierten alteraciones en la calidad del agua, pero del río Cauca que es el que está recibiendo el vertimiento de la actividad minera.

- Aduce solicitudes de quejas de algunas de las zonas indicadas por la Magistrada, objeto de la demanda, por apertura de vías por parte de empresas que han incrementado los cultivos de aguacate en la zona; y al hacer la apertura de las vías, que no requieren licencia ambiental, pero pueden requerir permisos menores.

- Refiere que los cultivos de aguacates son una actividad agropecuaria que no requiere de permisos ambientales para su cultivo; y que, en estas tierras, ese cultivo no requiere tanto riego; pero la queja es la utilización de agroquímicos que se utilizan para esos cultivos; y que, con el ICA se ha manifestado que los químicos que se utilizan para esos cultivos son bio degradables y no alcanzan a llegar a los cuerpos de agua.

- Aduce que lo que si ha afectado a las comunidades y micro cuencas, es la apertura de vías para el cultivo de aguacate, pues el cultivo como tal no es el problema, porque no necesita riego, porque se utilizan los agroquímicos de manera adecuada como lo indica el ICA; pero cuando están preparando los lotes para el cultivo, se requiere un sistema vial denso, y las malas prácticas son las que han generado las dificultades en las micro cuencas, acercándose peligrosamente a las zonas abastecedoras de acueductos, que la Corporación denomina los Ábacos; y si ello no se hace adecuadamente, se generan sedimentos que por lluvia y arrastre de material podría afectar las fuentes de agua.

- Sostiene que, la apertura de vías en predios privados no requiere de licencia ambiental, y la Corporación tomó la decisión con el manejo de siembra de aguacate, y se han concertado buenas prácticas sobre el manejo de esta

actividad, para que se pueda realizar de mejor manera; no obstante, los procesos ambientales se han dado y ha habido sanciones por ello.

- Dice que las acciones para mitigar el impacto serían básicamente delimitar con franja amarilla las áreas forestales protectoras, dependiendo de las condiciones ecosistémicas de la zona, a veces es mejor aislar la faja y dejar que haya una regeneración natural; en ocasiones es mejor sembrar algunas especies vegetales. Y también, que las mallas viales que se construyan tengan las obras de manejo de agua adecuadas que eviten la erosión de las laderas, que es lo que genera sedimentos y se van aguas abajo. También, construir cruces adecuados, para que no haya contacto entre los vehículos que transitan y aguas abajo.

- Afirma que el agua que se recolecta en acueductos rurales es agua no potable, y que en las áreas rurales de Colombia no hay potabilización; lo que hay, son unos abastos, pero el agua que se colecta es cruda no potable; y quien hace el análisis de agua, y da las directrices son la Dirección Territorial de Salud de Caldas; y las familias deben usar filtros, hervir el agua y demás.

- La contaminación se da por consumos humanos, actividades de café, porcícolas y demás, la Corporación tiene programas con diversas entidades de saneamiento básico rural; hay convenios con Cenicafé y el Comité de Cafeteros; así como con los que hacen actividades porcícolas; con Fenavi el tema de las avículas; y con los ganaderos; todo a nivel sectorial para tratar de disminuir la contaminación de los cuerpos de agua.

- Sostiene que la agenda intersectorial con el sector aguacatero se está manejando directamente desde la Subdirección de Biodiversidad y Ecosistema, sabe que se han suscrito agendas en las que se han comprometido productores de aguacate, la administración municipal, la Corporación, el ICA, la Secretaría de Agricultura de la Gobernación de Caldas, y otras entidades.

- Dice que el plan de acción que los rige, que es 2020 – 2023, incluye la protección abastecedora de microcuencas, con acciones a seguir para ello; y que es el municipio el que debe regular el uso del suelo; y lo que hace el municipio con la Corporación es priorizar las áreas a intervenir.

Testigo Juan Carlos Bastidas Tulcán. Ingeniero químico especializado y con Maestría en material ambiental. Funcionario de la subdirección y seguimiento ambiental de Corpocaldas.

- A la Corporación se le ha solicitado estudio de grandes áreas, lo que no hace tan viable la verificación de todas las zonas mencionadas.

- Sostiene que el deber es atender las solicitudes de trámites de concesión de aguas, cuando presentan la solicitud los usuarios; y la autorización sanitaria, la da la Dirección Territorial de Salud de Caldas, y que es muy difícil potabilizar el agua en esos sectores.

- Refiere que, en procesos productivos se debe implementar las buenas prácticas tendientes a generar los menores impactos ambientales.

- Concretamente frente al cultivo de aguacate, dice que no hay certeza de los trámites de productores de aguacate, y no está definido el impacto ambiental por ello; sí se ha advertido de sedimentos, por remoción tierra en las vías, e inadecuado manejo; siendo ello lo que puede contaminar el agua; ante lo cual hay recomendaciones y restricciones si hay acciones al momento de hacer la inspección.

- En la evaluación que han realizado, no se advierte la necesidad de acudir de agua para riego, por las condiciones climáticas; y que, en caso de existir un conflicto por uso en tiempo de sequía, se prioriza el uso doméstico; ello cuando se tramitan permisos para el uso del agua.

- Refiere que, de acuerdo con las condiciones que predominan en las aguas superficiales, es “típico” que, se requiera potabilización del agua, ya sea por la presencia de patógenos, o de otras sustancias que puedan estar afectando el agua.

- Afirma que, en este caso el trabajo que corresponde es intervenir los vertimientos, lo cual se viene haciendo; y que, tiene una resolución que establece módulos de consumo, el agua por unidad de producto, por persona, por especies, entre otros; y, que ello le da la idea si un río tiene la capacidad a abastecer una comunidad y quienes están allí asentados. Y, cuando se observa

posibles conflictos de uso, se empiezan a establecer una serie de restricciones en épocas de sequía, por ejemplo, y eso va en el acto administrativo correspondiente.

- Aduce que si no está sujeto a un fenómeno climático extremo, agua hay suficiente, y debe en todo caso, evitarse el despilfarro.

- Se ha tratado de generar derroteros en estos casos, para dar las directrices relacionadas con los usos, porque no hay lineamientos legales para ello.

6. De los hechos probados.

De las pruebas mencionadas se encuentra probado que, efectivamente el agua de los acueductos correspondientes a la asociación Pan de Azúcar, Quebrada Negra, Pueblo Rico, la Gregorita, Cuba y Shangay *“tienen un nivel de riesgo inviable sanitariamente”*, como dice el documento del sistema de información para la vigilancia de la calidad del agua potable SIVICAP, del Instituto Nacional de Salud; así como que, las Áreas Abastecedoras de Acueductos para Consumo Humano - ABACOS o Microcuencas abastecedoras de acueductos que benefician a la población del área urbana y rural del Municipio de Neira (Caldas), fueron incorporadas como áreas de la Estructura Ecológica de Neira como suelo de protección, en los términos de la Ley 388 de 1997, en el Plan Básico de Ordenamiento Territorial-PBOT de Neira, mediante Modificación excepcional de normas urbanísticas (Acuerdo 008 de 29 de julio de 2001)

De los testimonios rendidos se desprende que, en varias de las veredas del municipio de Neira que limitan con el río Cauca, hay alteraciones en la calidad de agua; y que, en dicha zona se ha evidenciado el incremento de cultivos de aguacate, así como la apertura de vías; sin que ninguna de las dos actividades requiera de licencias ambientales.

Del cultivo de aguacates se afirma que es una actividad que no requiere de tanto riego; es decir, que, los cultivos de aguacate no requieren de mayor consumo de agua, no solo por el terreno donde se encuentran, sino por el clima de la región, entonces, no necesitan de tanto riego de agua. Así mismo, se expone que, pese a que en los cultivos se utilizan agroquímicos, éstos son bio degradables y no alcanzan a llegar a los cuerpos de agua.

Con relación al tema del agua que se recolecta en acueductos rurales es agua cruda, es decir sin tratamiento para potabilización, señalándose al respecto que, el sistema de abastos, que consiste en la recolección de agua cruda para suministro a los usuarios, para consumo debe tratarse con uso de filtros o hervir el agua que de allí se consume. Y, se expone que, Corpocaldas tiene diversos programas con diferentes sectores como agrícola, ganadero, avícola, porcícola y cafeteros entre otros, para disminuir la contaminación de los cuerpos de agua.

Finalmente, el testigo Juan Carlos Bastidas Tulcán, Ingeniero Químico y Magíster en materia ambiental se pronuncia específicamente sobre el cultivo de aguacate en varias zonas rurales del municipio de Neira, y afirma que, no hay certeza de que los procesos llevados a cabo en la producción de aguacate tengan un fuerte impacto ambiental; sin embargo, se ha evidenciado el inadecuado manejo en la remoción de tierra para la construcción de vías que puede llevar a contaminar las fuentes hídricas, por lo que frente a ello hay recomendaciones, restricciones e inspecciones realizadas por parte de la Corporación.

7. De los derechos que se reputan vulnerados.

El artículo 88 de la Constitución Política establece en su inciso primero:

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

Los demandantes citan como vulnerados los derechos colectivos que denomina *“moralidad administrativa, el saneamiento ambiental en conexidad con la vida digna, servicio de salud, derecho al agua; derecho a un ambiente sano y protección de la diversidad e integridad del ambiente; protección a los recursos naturales; y, el cumplimiento de la ley de fajas forestales de acuerdo a la ley ambiental”.*

7.1. De la moralidad administrativa

El Consejo de Estado² se ha pronunciado sobre la moralidad administrativa como derecho colectivo en el siguiente sentido:

“(...) 41.- En los términos de la jurisprudencia unificada³, para que se configure la trasgresión de la moralidad administrativa “desde el punto de vista del interés colectivo tutelable a través de la acción popular, es necesario que se demuestre el elemento objetivo que alude al quebrantamiento del ordenamiento jurídico y el elemento subjetivo relacionado a la comprobación de conductas amañadas, corruptas, arbitrarias, alejadas de la correcta función pública”.

42.- Lo anterior es claro en tanto que a través de la acción popular se pretende corregir las irregularidades que lesionan las reglas y los principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público con el fin de superarlos.

43.- De aquí que, la prueba del elemento subjetivo referido a la disposición o el ánimo materializado a través de conductas deshonestas en función de anteponer los intereses particulares, en detrimento de los intereses generales, le corresponde a la parte actora, en tanto le incumbe probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen³² y sin que tal conducta se presuma ante una acusación de haberse pretermitido iniciar un proceso de fiscalización tributaria en un contexto como el que se ha explicado. (...)” (Subraya la Sala).

Para resolver si este derecho colectivo se encuentra o no vulnerado en el presente asunto, basta en este caso con decir que, en la demanda popular no se hace ningún señalamiento de las demandadas o vinculadas frente a la vulneración del derecho a la moralidad administrativa; y tampoco, en los hechos ni en el escrito presentado, se menciona de manera expresa cuáles fueron los hechos o conductas de las accionadas Corpocaldas y del municipio de Neria, con las cuales se quebrantó el ordenamiento jurídico, o se actuó en detrimento del interés general o de manera deshonesto o corrupta.

Lo que se discute en este asunto es que, unas acciones de particulares que se dedican a actividades agrícolas y ganaderas en algunas veredas del municipio de Neira, con las actividades que realizan, han contaminado, según los actores populares, las fuentes hídricas y han incurrido en la vulneración de los derechos relacionados con el medio ambiente sano; sin que, ni de la demanda presentada, ni de las pruebas que obran dentro del proceso esta Sala evidencie

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 24 de septiembre de 2021. MP. Dr. José Roberto Sáchica Méndez. Rad. 25000-23-24-000-2010-00734-01(AP).

³ Cita de cita. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de febrero de 2018, radicación nro. 25000-23-15-000-2002-02704-01(SU), C.P. William Hernández Gómez.

la vulneración del derecho colectivo a la moralidad administrativa en el presente asunto.

7.2. Del saneamiento ambiental en conexidad con la vida digna; y del derecho al agua y el servicio de salud.

Sea lo primero precisar que, el saneamiento ambiental no es un derecho colectivo que se encuentre enunciado en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, no obstante, la Corte Constitucional⁴ ha estudiado el tema de los derechos de agua potable y saneamiento básico como derecho fundamental en el siguiente sentido:

“(…)

1. En la Constitución, el agua potable y el saneamiento básico no se encuentran dispuestos como derechos fundamentales. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido esta calidad debido a su importancia tanto para garantizar la vida y la salud de las personas como por ser indispensables para la realización de otros derechos. La evolución de cada derecho ha sido dispar. Mientras que el acceso al agua potable se ha reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental autónomo, el acceso al saneamiento básico permanece vinculado a la garantía de otros derechos fundamentales⁵.

(…)

2. La Corte Constitucional se ha pronunciado a favor del amparo del agua potable y el saneamiento básico cuando la falta de acceso a estos servicios afecta los derechos fundamentales, como la dignidad humana, la salud y la vida. En números pronunciamientos desde 1992 hasta el presente, esta Corporación ha abordado casos relacionados con los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. La Corte ha decantado de forma progresiva una posición en torno a su naturaleza fundamental. En particular, el acceso al agua potable ha obtenido mayor atención que el saneamiento básico. La protección de aquel se consolidó primero por conexidad con otros derechos fundamentales y actualmente como derecho fundamental autónomo.

(…)

3. Por otra parte, la Corte Constitucional ha considerado que el derecho al saneamiento básico es indispensable para garantizar la dignidad humana. El acceso a unas condiciones sanitarias mínimas para la recolección, tratamiento y disposición o reutilización de los residuos humanos (orina y heces) genera derechos subjetivos susceptibles de protección por medio de la acción de tutela. Por lo tanto, cuando el servicio público de alcantarillado no se garantiza o existen fallas en su prestación, se pone en peligro la dignidad de las personas⁶. En principio, el amparo constitucional del derecho al saneamiento básico se deriva de la vulneración por conexidad con otros derechos fundamentales, como

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-401/2022. Sentencia de 16 de noviembre de 2022. MP. Dr. José Fernando Reyes Cuartas. Exp. T-8.860.578.

⁵ Sentencia T-012 de 2019.

⁶ Sentencia T-707 de 2012.

la salud, la vida e incluso el agua potable. Sin embargo, su profunda relación con la dignidad humana ha permitido su protección directa por vía de tutela. (...)” (Subraya la Sala)

De la sentencia en mención, queda claro que, por una parte, está el derecho al agua potable y por otra, el acceso a unas condiciones sanitarias mínimas para la recolección, tratamiento y disposición o reutilización de los residuos humanos.

En este caso particular, es necesario precisar que, en la demanda de la referencia no se cuestiona el derecho al agua y saneamiento básico por falta de infraestructura que garantice tales derechos; ni porque la comunidad no goce de ello; así como tampoco porque las demandadas o las entidades privadas a cargo de ello no estén ni suministrando agua a los pobladores, ni menos aún, se cuestiona la existencia de redes de acueducto y alcantarillado para la disposición de los residuos humanos.

En el libelo introductorio se deja dicho claramente frente al abastecimiento del agua a través de los acueductos comunitarios *“Que la actividad de aprovechamiento de agua ejercida por los pobladores del Municipio de Neira se ha realizado de manera responsable en procura de la salvaguarda de las cuencas, su tratamiento y reforestación; pero que, ahora se ven enfrentadas a amenazas de conservación y calidad del agua que nacen de las diferentes microcuencas; ello debido a las actividades agrícolas, agropecuarias, ganaderas y cultivos de aguacates que en los últimos años se han asentado en dicho Municipio.”*, sin enfatizar que desde antes de los hechos vulnerantes, según ellos, de los derechos colectivos, se presente una problemática por razón de suministrarse agua no tratada, es decir, cruda., sino que se ven abocados a un riesgo o amenaza de contaminación de las fuentes hídricas por la sedimentación que genera la construcción de vías para el tránsito de vehículos necesarios para la explotación de los cultivos de aguacate y contacto de tales vehículos con las fuentes de aguas, tales como quebradas. Además, la cercanía de las actividades agrícolas o de ganadería a las cuencas hídricas sin respetar los retiros o fajas de protección.

Se alega por los demandantes concretamente en este asunto, que debido a las actividades agrícolas de siembra y producción de aguacate y pino entre otros; así como de las actividades de ganadería, avícolas y porcícolas, las

microcuencas que abastecen a los pobladores de las veredas *“Pan de Azúcar, Trocaderos, Los Zainos, el Descanso, Tareas, Aguacatal, Armenia, Cholito, el Río, Llano grande, Yunque, Esperanza, la Isla, Laurel, Zanjón, Pueblo Rico, Pueblo viejo, El Jardín, Gregorita, el Limón, el Guineo, Cuba, Changay, Santa Isabel, Gaacaica, Buenos Aires, la Mesa, San Pablo, Tapias Irra y Quebrada Negra”*, se ha afectado no solo en su potabilidad, sino que se han desabastecido en tales sectores. En primer lugar, en el presente asunto no se logró acreditar que las fuentes hídricas, o las comunidades que habitan las zonas rurales del municipio de Neira, padecieran desabastecimiento de agua por disminución de caudal de las fuentes hídricas que los alimentan; no hay informes, dictámenes o testimonios que den cuenta de ello, de manera precisa y técnica.

Ahora, con relación a la calidad del agua, lo que se discute en la demanda es que ésta se ha visto afectada debido a las actividades agrícolas, agropecuarias, ganaderas y cultivos de aguacate y de pino realizadas en los *“últimos años”*; dicha situación no se encuentra acreditada en el presente asunto, al no haberse demostrado que las actividades en mención hayan sido las causantes de contaminación de las fuentes hídricas de las zonas que se relacionan en la demanda.

Lo que se encuentra acreditado en este asunto es que, la zona rural del municipio de Neira cuenta con zonas abastecedoras de acueductos, que denomina ábacos; y que existen unas asociaciones de usuarios de agua y servicios colectivos que prestan el servicio de acueducto a algunas veredas y zonas rurales del municipio de Neira, es decir que, existe en este asunto una infraestructura de acueducto veredal, que garantiza el acceso al agua en las poblaciones que relacionan en los documentos mencionados en estudio probatorio en precedencia.

En la Resolución número 044 de 8 de noviembre de 2018 proferida por la Comisión de regulación de Agua Potable, Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, por la cual se establecen los requisitos técnicos para los proyectos de agua y saneamiento básico de zonas rurales que se adelanten bajo los esquemas diferenciales, dispone en su artículo 24 con relación a los sistemas de agua para consumo humano y doméstico lo siguiente:

“Artículo 24. Tipos de sistemas de agua para consumo humano y doméstico. Los sistemas de suministro de agua para consumo humano y doméstico en zona rural se clasifican en los siguientes tipos:

1. *Sistemas de acueducto (incluyen el consumo humano y doméstico), con las siguientes opciones tecnológicas:*

a. *Distribución por redes con conexión domiciliaria.*

b. *Distribución por pila pública. En este caso, el tratamiento puede realizarse directamente en la pila, o puede transportarse agua tratada hasta la pila por medio de redes físicas o carrotanques.*

2. *Soluciones alternativas colectivas de agua (incluyen el consumo humano y doméstico y el volumen para la subsistencia de la familia rural), con las siguientes opciones tecnológicas:*

a. *Abastos de agua, con distribución de agua cruda o parcialmente tratada mediante redes físicas hasta la vivienda.*

b. *Puntos de suministro para la entrega de agua cruda o parcialmente tratada.*

c. *Captación de aguas lluvias.*

3. *Soluciones alternativas individuales de agua (incluyen el consumo humano y doméstico que se requiere para viviendas dispersas que no pueden ser conectadas a un sistema de acueducto o a una solución alternativa colectiva de agua), según las opciones tecnológicas definidas en los artículos 36 y 37 de esta resolución.*

Parágrafo 1. *El aprovisionamiento de agua por soluciones alternativas, sean individuales o colectivas, debe incluir lo necesario para la captación, el almacenamiento y el tratamiento de agua para consumo humano y doméstico.*

Parágrafo 2. *Todos los sistemas de agua para consumo humano y doméstico deberán utilizar métodos de estimación de consumo; o dispositivos de medición; o mecanismos de control de los volúmenes de agua, independientemente del uso que se dé a la misma.*

Parágrafo 3. *En todas las opciones tecnológicas definidas en este artículo, se podrá incluir el uso de dispositivos o técnicas de tratamiento de agua a nivel domiciliar, cuando se evidencie que el agua suministrada a través del sistema representa algún riesgo para la salud. (Subraya la Sala).*

De la resolución en mención queda claro que, dentro de las soluciones alternativas colectivas de agua en el área rural para el consumo humano y doméstico se encuentra el sistema de abastos de agua, con distribución de agua cruda o parcialmente tratada mediante redes físicas hasta la vivienda; y puntos de suministro para la entrega de agua cruda o parcialmente tratada; sistemas que se encuentran acreditados en este asunto, dejando presente que, no se reprocha la inexistencia de soluciones de sistemas de agua para consumo; y

contrario a ello, se demostró que se cuenta con acueducto veredal, que se presta mediante las asociaciones de usuarios de servicios colectivos.

Por otra parte, y con relación al derecho a la salud que alega como vulnerado el accionante, tampoco se menciona en la demanda cómo resulta vulnerado éste, en que población en particular, con ocasión a qué acciones u omisiones de las demandadas; y menos aún, se demostró que usuarios de las poblaciones rurales a que se refiere en la demanda, haya visto vulnerada su salud y el derecho a la misma, debido al consumo de agua, que a su vez, resultare contaminada en virtud de las actividades agrícolas y agropecuarias realizadas en el sector, imputables a Corpocaldas y al municipio de Neira.

Por lo expuesto, para esta Sala no se encuentra acreditada la vulneración de los derechos que el accionante denomina como al saneamiento ambiental en conexidad con la vida digna, el servicio de salud y, derecho al agua.

7.3. Del derecho a un ambiente sano y protección de la diversidad e integridad del ambiente; protección a los recursos naturales.

Frente a la protección de un ambiente sano, la Corte Constitucional en sentencia de unificación de 2017 precisó:

“(…) El derecho al ambiente sano, que cobra especial relevancia en el asunto objeto de estudio, no es la excepción. Fue incorporado en la Constitución Política dentro del capítulo de los derechos colectivos, aunque posee también una faceta individual, en la medida en que es imprescindible para el desarrollo de un proyecto de vida digno para cada persona. Como derecho colectivo, su naturaleza es difusa, lo que significa, básicamente, que cada persona lo disfruta, sin exclusión de las demás. Como derecho individual se materializa en la defensa del entorno inmediato de cada persona y es una condición de vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente, la salud y la vida”. (Subraya la Sala).

Así mismo, con relación al derecho de un ambiente sano, el Consejo de Estado se pronunciado reiteradamente en el siguiente sentido:

“(…) Es así como, recientemente, la Sección Primera del Consejo de Estado hizo alusión al contenido de este derecho, en el sentido de resaltar el carácter ecológico de la Constitución de 1991; así como la obligación del Estado y de los particulares de proteger la diversidad e integridad del ambiente, y de prevenir y controlar los factores de deterioro

de este. Al respecto, la sentencia de 8 de junio de 2017, señaló lo siguiente:

“[...] Para la jurisprudencia constitucional, el ámbito constitucionalmente protegido del ambiente sano se refiere a “aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural”

En este sentido, el ambiente sano es un derecho colectivo, no solo por su pertenencia al capítulo 3 Título II de la Constitución, que se refiere a los derechos colectivos y del ambiente, sino por cuanto su contenido es tal que no puede ser asignado a ninguna persona en particular. [...]”

“[...] la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra Constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos” (Artículo 366 C.P.) [...]”

“La defensa del medio ambiente constituye un objetivo de principio dentro de la actual estructura de nuestro Estado Social de Derecho. En cuanto hace parte del entorno vital del hombre, indispensable para su supervivencia y la de las generaciones futuras, el medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que, en gran medida, propugnan por su conservación y protección [...]” (...)”

De la vulneración del derecho invocado por el accionante como un ambiente sano y protección de la diversidad e integridad del ambiente; protección a los recursos naturales, basta con decirse que, en el presente asunto no se encuentra acreditada la vulneración del mismo, por cuanto no se discute la prestación eficiente de servicios públicos, la salubridad pública y, con relación a los recursos naturales, si bien el medio de control de la referencia tiene como centro de estudio las fuentes hídricas de varias zonas rurales del municipio de Neira, no se acreditó la contaminación de las mismas bien por siembra de cultivos o por actividades agropecuarias; y si bien cierto en los informes allegados por las demandadas se menciona que para los cultivos se utilizan químicos que contaminan las fuentes hídricas, en los testimonios rendidos se expone que, si bien, efectivamente para la producción agrícola se utilizan agroquímicos, el ICA ha sostenido que, éstos son bio degradables y no alcanzan a llegar a los cuerpos de agua; de manera que no se acredita en este caso la vulneración del derecho mencionado.

7.4. Del cumplimiento de fajas forestales.

Respecto a la vulneración de este derecho, es necesario precisar que, si bien en el artículo 4 de la ley 472 de 1998 no se enlista el derecho a la ley de fajas forestales; éste se podría entenderse como parte del derecho contemplado en el literal c) del artículo en mención, denominado *“La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;* por lo que esta Sala lo estudiará como parte de éste.

Ahora bien, pese a que en la demanda no se define que fajas forestales se vulneran en este asunto, más allá de afirmar que no se está cumpliendo con los lineamientos de demarcación de la misma; lo cierto es que la prueba documental da cuenta que no se respeta la franja protectora; y, del testimonio rendido por la señora Adriana Mercedes Martínez se desprende que, en la producción de cultivos se han evidenciado malas prácticas, que generan afectación de las zonas forestales; encontrándose demostrado que, al acercarse la actividad humana de cultivos a las zonas abastecedoras de acueductos denominadas Ábacos, se genera una afectación de las zonas forestales, y se puede generar sedimentos por lluvia y arrastre de material.

En este punto de la discusión se precisa aclarar que, si bien los actores populares se refieren al término de “Fajas forestales”, lo cierto es que busca la protección y conservación de las zonas o áreas aledañas a las fuentes hídricas que menciona en la demanda; y, en su artículo 3 el Decreto 1449 de 1977, contempla:

“Artículo 3.- *En relación con la protección y conservación de los bosques, los propietarios de predios están obligados a:*

1. Mantener en cobertura boscosa dentro del predio las áreas forestales protectoras.

Se entiende por áreas forestales protectoras:

a. Los nacimientos de fuentes de aguas en una extensión por lo menos de 100 metros a la redonda, medidos a partir de su periferia.

b. Una faja no inferior a 30 metros de ancha, paralela a las líneas de mareas máximas, a cada lado de los cauces de los ríos, quebradas y arroyos, sean permanentes o no, y alrededor de los lagos o depósitos de agua;

c) Los terrenos con pendientes superiores al 100% (45).

2. Proteger los ejemplares de especies de la flora silvestre vedadas que existan dentro del predio.

3. Cumplir las disposiciones relacionadas con la prevención de incendios, de plagas forestales y con el control de quemas.” (Subraya la Sala)

Ahora bien, el Decreto 2245 de 1997 “Por el cual se reglamenta el artículo 206 de la Ley 1450 de 2011 y se adiciona una sección al Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el acotamiento de rondas hídricas”, en su artículo 2.2.3.2.3A.2. contempla las definiciones, para efectos de la aplicación e interpretación de dicho decreto, y en su numeral 4, define como ronda hídrica lo siguiente:

“4. Ronda Hídrica: Comprende la faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho.

Así mismo hará parte de la ronda hídrica el área de protección o conservación aferente. Tanto para la faja paralela como para el área de protección o conservación aferente se establecerán directrices de manejo ambiental, conforme a lo dispuesto en la “Guía Técnica de Criterios para el Acotamiento de las Rondas Hídricas en Colombia”.

De acuerdo con las normas en precedencia, la faja forestal que aducen los demandantes, no son otra cosa que, una faja de protección contigua a las fuentes hídricas que según el Decreto 1449 de 1977, constituye una “faja no inferior a 30 metros de ancha, paralela a las líneas de mareas máximas, a cada lado de los cauces de los ríos, quebradas y arroyos”.

De igual manera, advierte esta Sala que, en el informe de visita técnica de 9 de diciembre de 2020 realizada por la Secretaría de Planeación del municipio de Neira al proyecto “Wakate” (Documento 006, de la carpeta 107 anexos respuesta municipio de Neira del expediente digital) se expone que la empresa en mención, ha empezado un proceso de recuperación de fajas forestales protectoras; que se habían sembrado cerca de 18.000 árboles nativos en toda el área de influencia del proyecto, especialmente en áreas de humedales y nacimientos de agua; no obstante, advierten que “*hacen falta procesos de reforestación para completar 30 metros*”, y, en las conclusiones y recomendaciones de dicha visita sugiere continuar el cumplimiento de las

medidas impuestas, verificar por parte del municipio el cumplimiento de las mismas y, continuar con los procesos de reforestación en las fajas protectoras. Situación que demuestra que, efectivamente falta reforestación y que, se puede presentar la vulneración de las fajas forestales.

Por lo expuesto, considera esta Sala de decisión que la prueba documental y testimonial mencionada en este numeral, resultan ser suficientes para que, en virtud de la naturaleza preventiva de la acción popular, que tiene como fin evitar la ocurrencia de un daño o peligro contingente de mayor entidad, se declarará la vulneración del derecho de cumplimiento de regulación de fajas forestales, por cuanto se advierte que hay metros cuadrados que faltan por reforestación, que en caso de no llevarse a cabo, se puede incrementar el riesgo del detrimento de éstas.

Es decir que, se acreditó dentro del proceso que, no se ha hecho un proceso de recuperación de fajas forestales protectoras en su totalidad, por lo que se suspendió la apertura de nuevas vías en los predios ubicados al interior de la Reserva Forestal Central, según términos precisos del informe allegado por el municipio de Neira; y que, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de la Corporación Autónoma Regional de Caldas, faltan proceso de reforestación de 30 metros, sin que se pueda precisar en cuál sector con precisión, deben surtirse éstos; por lo que se sugiere continuar con la recuperación de humedales mediante la siembra de vegetación nativa y delimitación de franjas forestales protectoras

De igual manera, en informe de 16 de junio de 2021 con ocasión a la vista realizada ese día por el Geólogo e Ingeniero Ambiental contratistas de la Secretaría de Planeación municipal de Neira, y en las conclusiones y recomendación se expone la necesidad de continuar la recuperación de humedales, preservación de franjas forestales protectoras en los lugares demarcados; demostrándose que, se requería arrancar los palos de aguacate sembrados dentro de las franjas de retiro y reforestar el espacio con vegetación nativa en la zona con el fin de preservar el recurso hídrico; situaciones expuestas con las cuales se evidencia la falta de reforestación y la inobservancia de la protección de las franjas de retiro.

Así pues, de todo lo considerado hasta el momento, concluye esta Sala de Decisión que, dentro del asunto, no se demostró que con la acción u omisión de las demandadas y vinculada se hayan vulnerado los derechos colectivos invocados por la actora, como lo son la moralidad administrativa, el saneamiento ambiental en conexidad con la vida digna, servicio de salud, derecho al agua; derecho a un ambiente sano y protección de la diversidad e integridad del ambiente y protección a los recursos naturales. Si se acreditó la amenaza de las fajas forestales; y pese a que no resultan precisadas a ciencia cierta cuáles, éstas se encuentran definidas en los informes y estudios realizados por el municipio de Neira, según se dice en sus actas de visitas. Si el municipio de Neira no cuenta con un inventario detallado de las microcuencas que se encuentran en riesgo por la deforestación, y vulneración de la regulación de fajas forestales; éste, deberá realizarlo y determinar en cuales zonas de éstas se hace necesaria la reforestación que se encuentra pendiente por realizar.

Por lo expuesto, se prosigue con el estudio de las obligaciones del demandado municipio de Neira y Corporación Autónoma Regional de Caldas, excluyendo de éste a las vinculadas Dirección Territorial de Salud de Caldas y las asociaciones de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico y Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar, por cuánto dichas entidades tenían relación con otros derechos colectivos invocados como vulnerados, expresamente el derecho a la salud, agua potable y saneamiento ambiental, como se estudió en numerales anteriores, pero no tienen injerencia en este caso, en el tema de las fajas protectoras.

8. De los deberes del municipio de Neira.

La Ley 136 de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios contempla en su artículo las funciones correspondientes al municipio y la 10 precisa:

“Artículo 3º. Funciones: *Corresponde al municipio:*

10. Velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del ambiente, de conformidad con la Constitución y la ley”.

Respecto de las facultades otorgadas a los municipios en materia ambiental es preciso referir el numeral 6º del artículo 65 de la Ley 99 de 1993, preceptúa:

“Ejercer, a través del alcalde como primera autoridad de policía con el apoyo de la Policía Nacional y en Coordinación con las demás entidades del Sistema Nacional Ambiental (SINA), con sujeción a la distribución legal de competencias, funciones de control y vigilancia del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de velar por el cumplimiento de los deberes del Estado y de los particulares en materia ambiental y de proteger el derecho constitucional a un ambiente sano”

De las pruebas allegadas, se desprende que el municipio de Neira ha sido conocedor directo de la necesidad reforestación en sus áreas rurales, y el mismo municipio, aceptó en el informe de visita técnica de 16 de junio de 2021 realizada por la Secretaría de Planeación del municipio de Neira al proyecto “Wakate” que, hacen falta procesos de reforestación; y, en sus propias sugerencias y conclusiones, define que se deben continuar con el cumplimiento de las medidas impuestas y que, el municipio mismo debe verificar dicha situación, así como continuar con los procesos de reforestación en las fajas protectoras, lo cual da cuenta que no se ha dado una reforestación completa para las necesidades del sector.

Así pues, para esta Sala de decisión, el municipio de Neira vulnera el derecho de fajas forestales, cuando incumple la función de vigilancia y control, en virtud del ejercicio de su función de autoridad de policía y administrativa, debe realizar las visitas e informes necesarios para determinar en primer lugar, cuáles microcuencas se han visto afectadas por las actividades agrícolas, en cuales no se han respetado la ley de fajas forestales y, en cuales zonas de Pan de azúcar, Trocaderos, los Zainos, el descanso, Tareas, Aguacatal, Armenia, Cholito, El Rio, Llano grande, Yunque, Esperanza, La Isla, Laurel, Zanjón, Pueblo Rico, Pueblo Viejo, El Jardín, Gregorita, El Limón, El Guineo, Cuba, Changay, Santa Isabel, Guacaica, Buenos Aires La Mesa, San Pablo, Tapias Irra y Quebrada Negra, en las que se llevan a cabo actividades agrícolas, deben ser reforestadas por los responsables de los cultivos que en tales áreas se realicen, de manera especial los de aguacate, determinando en qué zonas y cantidades debe hacerse dicha reforestación; ello, en un término no superior a 3 meses.

Y, una vez precisado lo anterior, ejercer el seguimiento, vigilancia y control como autoridad administrativa y policiva, para garantizar que cada responsable realice la reforestación correspondiente dentro del término de 6 meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, llevando a cabo

las acciones que sean necesarias para ello, dentro del marco de sus competencias.

Por lo anterior, se declararán imprósperas las excepciones denominadas *“Ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos en el caso bajo examen por parte del municipio de Neira”* y *“Cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del municipio de Neira”*, planteadas por el vinculado municipio de Neira, Caldas, como se dirá en la parte resolutive de esta sentencia.

9. De los deberes de la Corporación Autónoma Regional de Caldas.

Es necesario tener presente que, la Ley 99 de 1993, por medio de la cual se creó el Ministerio del Medio Ambiente, se reordenó el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y se organizó el Sistema Nacional Ambiental – SINA-, dispuso que las corporaciones autónomas regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la Ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidro geográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

Y, con relación a su objeto y funciones los artículos 30 y 31 dispusieron:

“Artículo 30. Objeto. Todas las Corporaciones Autónomas Regionales tendrán por objeto la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, así como dar cumplida y oportuna aplicación a las disposiciones legales vigentes sobre su disposición, administración, manejo y aprovechamiento, conforme a las regulaciones, pautas y directrices expedidas por el Ministerio del Medio Ambiente.

Artículo 31. Funciones. (Adicionado por el art. 9, Decreto Nacional 141 de 2011-declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-276 de 2011).

*Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:
(...)*

- 1) Ejecutar las políticas, planes y programas nacionales en materia ambiental definidos por la ley aprobatoria del Plan Nacional de Desarrollo y del Plan Nacional de Inversiones o por el Ministerio del Medio Ambiente, así como los del orden regional que le hayan sido confiados conforme a la ley, dentro del ámbito de su jurisdicción;*
- 4) Coordinar el proceso de preparación de los planes, programas y proyectos de desarrollo medioambiental que deban formular los diferentes organismos y entidades integradas del Sistema Nacional Ambiental (SINA) en el área de su jurisdicción y en especial, asesorar a los Departamentos, distritos y Municipios de su comprensión territorial en la definición de los planes de desarrollo ambiental y en sus programas y proyectos en materia de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, de manera que se asegure la armonía y coherencia de las políticas y acciones adoptadas por las distintas entidades territoriales;*
- 5) Participar con los demás organismos y entes competentes en el ámbito de su jurisdicción, en los procesos de planificación y ordenamiento territorial a fin de que el factor ambiental sea tenido en cuenta en las decisiones que se adopten;*
- 6) Celebrar contratos y convenios con las entidades territoriales, otras entidades públicas y privadas y con las entidades sin ánimo de lucro cuyo objeto sea la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, con el fin de ejecutar de mejor manera alguna o algunas de sus funciones, cuando no correspondan al ejercicio de funciones administrativas;*
- 7) Promover y realizar conjuntamente con los organismos nacionales adscritos y vinculados al Ministerio del Medio Ambiente, y con las entidades de apoyo técnico y científico del Sistema Nacional Ambiental (SINA), estudios e investigaciones en materia de medio ambiente y recursos naturales renovables;*
- 8) Asesorar a las entidades territoriales en la formulación de planes de educación ambiental formal y ejecutar programas de educación ambiental no formal, conforme a las directrices de la política nacional;”*

De las normas en mención, claro está que, la Corporación Autónoma Regional de Caldas, tiene como objeto, la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos sobre medio ambiente y recursos naturales renovables, y en sus funciones está las de asesoramiento en temas de protección ambiental, en coordinación con las demás autoridades competentes; siendo este un papel, complementario y subsidiario respecto a la labor de alcaldías y gobernaciones, el cual no exime a los alcaldes y gobernadores de su responsabilidad primaria en la implementación de los procesos de cuidado y preservación del medio ambiente.

Ahora, dentro del asunto se encuentran demostradas las gestiones de la Corporación Autónoma Regional de Caldas en aras del cuidado de las zonas forestales de la comunidad de Neira, y en los testimonios se hizo alusión a las reuniones constantes con los gremios agrícolas y agropecuarios de las zonas rurales del municipio en mención, con el fin de plantear estrategias que disminuyan el impacto ambiental de sus actividades productoras.

Así mismo, se acreditó la suscripción del convenio interadministrativo número 219 de 2021, entre la Corporación Autónoma Regional de Caldas y el municipio de Neira, cuyo objeto es aunar esfuerzos para la gestión integral de las microcuencas hidrográficas y abastecedoras de acueductos y áreas de interés ambiental, mediante acciones estructurales y no estructurales para la conservación de la biodiversidad y sus servicios ecosistémicos (Documento 04, carpeta 01 respuesta biodiversidad, de la carpeta denominada 104 anexos de Corpocaldas del expediente digital).

Así como se demostró la diligencia de la Corporación demandada, con los 13 proceso sancionatorios ambientales adelantados en las veredas Tareas, Tapias, Palermo, el Descanso, el Aguacatal, el Bosque, Cuba, la Gregorita y el 41; no obstante, solo uno de ellos, correspondiente a la vereda Pan de Azúcar e investigado “Wakate SAS” se originó en actividades de cultivo de aguacate y, a la fecha estaba en el estado de verificación de los hechos, como consta en el informe que reposa en el documento 1 de la carpeta 3 denominada respuesta sancionatorio, de la carpeta 10 anexos de Corpocaldas del expediente digital.

Así pues, dentro del proceso, no logró acreditarse que, Corpocaldas esté vulnerando el derecho de fajas forestales de acuerdo a la ley ambiental, de manera que deben declárase prósperas las excepciones propuestas por la Corporación Autónoma Regional de Caldas, denominadas: *“Acaecimiento fáctico de los elementos constitutivos de culpa de un tercero”, “Acaecimiento fáctico de los elementos constitutivos de culpa del municipio de Neira y competencia para la solución del problema”, “Ausencia de transgresión de los derechos colectivos y cumplimiento integral y diligente de las funciones asignadas por la ley a la Corporación Autónoma y Regional de Caldas - Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”.*

Debe precisarse respecto de la falta de legitimación en la causa por pasiva invocada por la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS –, el vinculado municipio de Neira, y las vinculadas Dirección Territorial de salud de Caldas – DTSC-, Asociación de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico y Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar, éstas no pueden declararse prósperas, toda vez que; el municipio de Neira es responsable de la vulneración del derecho de fajas forestales; y respecto de las demás entidades, no se acreditó la vulneración por su parte de los derechos colectivos invocados como vulnerados, pero no por falta de competencia en este asunto.

En conclusión, respecto de las excepciones de *“Ausencia de transgresión de los derechos colectivos por la corporación autónoma y regional de caldas - Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”* propuesta por Corpocaldas; *“Ausencia de responsabilidad”* e *“Inexistencia de violación de los derechos colectivos por parte de la DTSC”*, propuesta por la Dirección territorial de Salud de Caldas; en virtud de todo lo considerado, se declararán prósperas como se resolverá, y frente a las excepciones de *“Ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos en el caso bajo examen por parte del municipio de Neira”* y *“Cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del municipio de Neira”*, planteadas por el municipio de Neira; y, *“La asociación de usuarios de servicios colectivos de pueblo rico es un tercero absoluto”* propuesta por la asociación de usuarios de Pueblo Rico, éstas se declararán imprósperas.

9. Costas.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación unificó su jurisprudencia en relación con la procedencia y reconocimiento de condena en costas en acciones populares mediante sentencia del 6 de agosto de 2019,⁷ en la que precisó:

“(…) 165. Sólo cabe reconocer costas a favor de la parte demandada y a cargo del actor popular, cuando este último actuó temerariamente o de mala fe, caso en el cual también habrá lugar a imponer la multa prevista en el artículo 38 de la Ley 472 de 1998. No hay lugar a condenarlo cuando la demanda sea decidida en contra. En este evento la condena en costas sólo admite el reconocimiento de los honorarios y de las

⁷ Exp. 2017-00036-01(AP)REV-SU, M.P. Rocío Araújo Oñate.

expensas, pues al tenor del artículo 364 del Código General del Proceso, es claro que las agencias en derecho no corresponden a los honorarios a los que se refiere la norma, pues ellos se señalan en relación con los auxiliares de la justicia”.

Así las cosas, y por cuanto en este asunto no obra prueba sobre la causación de expensas, gastos o agencias en derecho, durante el curso del proceso, ni mala fe o temeridad en ejercicio del medio de control, no habrá condena en costas.

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

III. Falla

Primero: Aceptar el impedimento expresado por el Magistrado **Augusto Morales Valencia**, y, en consecuencia, separarlo del conocimiento del asunto de la referencia.

Segundo: Declarar no probadas las excepciones de *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* propuestas por la Corporación Autónoma Regional de Caldas – CORPOCALDAS –, el vinculado municipio de Neira, y las vinculadas Dirección Territorial de salud de Caldas – DTSC-, Asociación de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico y Asociación de usuarios de servicios colectivos Pan de Azúcar.

Tercero: Declarar fundadas las excepciones de *“Ausencia de transgresión de los derechos colectivos por la corporación autónoma y regional de caldas - Corpocaldas-, en atención a su órbita de competencia”* propuesta por Corpocaldas; y, *“Ausencia de responsabilidad”* e *“Inexistencia de violación de los derechos colectivos por parte de la DTSC”*, propuesta por la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Cuarto: Declarar infundadas las excepciones denominadas *“La asociación de usuarios de servicios colectivos de pueblo rico es un tercero absoluto”* propuesta por la asociación de usuarios de Pueblo Rico; y *“Ausencia de vulneración de derechos e intereses colectivos en el caso bajo examen por parte del municipio de Neira”* y *“Cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales por parte del municipio de Neira”*, planteadas por el

municipio de Neira

Quinto: Declárase la amenaza y vulneración del derecho colectivo contemplado en el literal c) de la Ley 472 de 1998, relacionado con *“la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; por parte del municipio de Neira.* Ello, en virtud de la vulneración de la normativa de fajas forestales contempladas en el artículo 3 el Decreto 1449 de 1977 y el artículo 2.2.3.2.3A.2. del el Decreto 2245 de 1997.

Sexto: Se ordena al municipio de Neira, en virtud del ejercicio de su función de autoridad de policía y administrativa, realizar las visitas e informes necesarios para determinar en primer lugar, cuáles microcuencas se han visto afectadas por las actividades agrícolas, en cuáles no se ha respetado la regulación de fajas forestales y, en cuales zonas de Pan de azúcar, Trocaderos, los Zainos, el descanso, Tareas, Aguacatal, Armenia, Cholito, El Rio, Llano grande, Yunque, Esperanza, La Isla, Laurel, Zanjón, Pueblo Rico, Pueblo Viejo, El Jardín, Gregorita, El Limón, El Guineo, Cuba, Changay, Santa Isabel, Guacaica, Buenos Aires La Mesa, San Pablo, Tapias Irra y Quebrada Negra, en las que se llevan a cabo actividades agrícolas, deben ser reforestadas por los responsables de los cultivos que en tales áreas se realicen, de manera especial los de aguacate, determinando en qué zonas y cantidades debe hacerse dicha reforestación; ello, en un término no superior a tres (3) meses, contados a partir del día siguiente de la ejecutoria de esta sentencia. Y, una vez precisado lo anterior, ejercer el seguimiento, vigilancia y control como autoridad administrativa y policiva, para garantizar que cada responsable realice la reforestación correspondiente dentro del término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, llevando a cabo las acciones que sean necesarias para ello, dentro del marco de sus competencias.

Séptimo: Negar las demás pretensiones de los demandantes.

Octavo: Conformase el comité de verificación de que trata el artículo 34 de la

Ley 472 de 1998, el cual estará integrado por el Magistrado ponente, quién será su presidente, la Corporación Autónoma Regional de Caldas, Corpocaldas, el municipio de Neira, la Dirección Territorial de Salud de Caldas – DTSC -, y, las asociaciones de usuarios de servicios colectivos de Pueblo Rico y Pan de Azúcar,

Noveno: Sin condena en costas

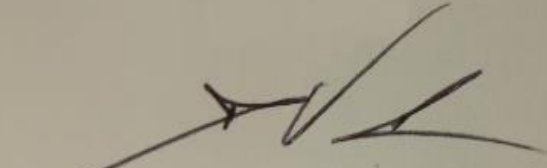
Décimo: Ejecutoriada esta providencia **Archívense** las diligencias previas las anotaciones respectivas en el Sistema Justicia XXI.

Notifíquese y cúmplase

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



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

17-001-33-33-004-2021-00308-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 248

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor **LEONEL TAPASCO CALVO** 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

I) La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto originado ante la falta de respuesta de la petición presentada el 31 de mayo de 2021, 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 26 de agosto de 2020 solicitó al FNPSM el reconocimiento y pago de sus cesantías en virtud de su servicio como docente estatal.
- Mediante la Resolución N° 2193-6 de 14 de julio de 2020 le fue reconocida la cesantía deprecada.
- Dicha prestación fue cancelada el 22 de diciembre de 2021 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. 5° y 15; la Ley 244 de 1995, arts. 1° y 2°; la Ley 1071 de 2006, arts. 4° y 5°; 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** y el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** no contestaron la demanda, según consta en el documento PDF N° 32, página 3.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia accediendo a las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 32 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 la funcionaria judicial que en el caso concreto la **NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM** superó los términos de ley, pues si bien el **DEPARTAMENTO DE CALDAS** expidió el acto de reconocimiento de manera oportuna, efectuó el pago cuando ya se encontraba vencido el plazo legal, por lo que concedió la pretensión de la sanción deprecada entre 6 y el 14 de octubre de 2020, liquidada con el salario de esta anualidad. Así mismo, revisada la actuación aportada al expediente, determinó que el ente territorial no incurrió en mora al remitir el acto de reconocimiento al **FNPSM**, por lo que la mora corre a cargo de este de manera exclusiva.

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° 34, centrando su desacuerdo en la responsabilidad de la entidad territorial, en idénticos términos a la argumentación expuesta en el escrito de contestación de la demanda, insistiendo que la entidad territorial es la responsable del pago de la sanción

por mora reclamada, por la expedición tardía del acto administrativo de reconocimiento de las cesantías, lo que deriva en su responsabilidad en los términos del artículo 57 parágrafo de la Ley 1955 de 2019.

Adicionalmente, acotó que el mencionado texto legal proscribe la posibilidad de que se destinen recursos del FNPSM para cancelar sanciones, pues los dineros de ese fondo deben destinarse de forma exclusiva al pago de las prestaciones docentes.

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 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.

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.

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,

- *¿Qué entidad debe asumir el pago de la sanción?*
- *¿Desde cuándo se causa la aludida sanción?*

(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 *ibídem* 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 aquel 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 parágrafo 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 proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante...” /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, sí 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 el señor LEONEL TAPASCO CALVO solicitó el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía el 26 de junio de 2020, por lo que el plazo de 15 días para la expedición del acto administrativo de reconocimiento expiraba el 21 de julio de 2020, y teniendo en cuenta que la prestación fue reconocida con la Resolución N° 2193-6 el 14 de julio de 2020, la declaración administrativa ha de reputarse oportuna (PDF N° 4).

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 EN TIEMPO	Electrónica	10 días, posteriores a certificación de acceso al acto	45 días posteriores a la ejecutoria	55 días posteriores a la notificación

(…)”

En ese orden, la Resolución N° 2193-6 de 14 de julio de 2020 fue notificada por vía electrónica el 15 de julio de 2020, por lo que el tiempo límite de 55 días para efectuar el pago expiraba el 5 de octubre de 2020, y teniendo en cuenta que estas fueron puestas a disposición de la parte demandante el 15 de octubre de 2020 (PDF N° 22, pág. 5), ello da lugar a la sanción moratoria entre el 6 y el 14 de octubre de 2020, tal como lo determinó la jueza de primera instancia.

(II)
RESPONSABILIDAD DEL ENTE TERRITORIAL

Como lo anticipaba la Sala, la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN-FNPSM, al momento de sustentar la apelación contra el fallo de primera instancia, sostiene que la entidad que debe asumir esta penalidad es el DEPARTAMENTO DE CALDAS, al expedir de forma tardía el acto administrativo de reconocimiento, en los términos del canon 57 de la Ley 1755 de 2019, norma que en su tenor literal establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 57°. EFICIENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS RECURSOS DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por

el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

...

PARÁGRAFO . La entidad territorial será responsable del pago de la sanción por mora en el pago de las cesantías en aquellos eventos en los que el pago extemporáneo se genere como consecuencia del incumplimiento de los plazos previstos para la radicación o entrega de la solicitud de pago de cesantías por parte de la Secretaria de Educación territorial al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En estos eventos el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio será responsable únicamente del pago de las cesantías.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para efectos de financiar el pago de las sanciones por mora a cargo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio causadas a diciembre de 2019, facúltase al Ministerio de Hacienda y Crédito Público para emitir Títulos de Tesorería que serán administrados por una o varias sociedades fiduciarias públicas; así mismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público definirá la operación, las reglas de negociación y pago de los mismos. El Consejo Directivo del FOMAG efectuará la adición presupuestal de los recursos de los que trata el presente párrafo.

La emisión de bonos o títulos no implica operación presupuestal alguna y solo debe presupuestarse para efectos de su redención”. /Destaca el Tribunal/

En este sentido, como ya lo anotó la Sala de conformidad con el recuento probatorio, el acto administrativo de reconocimiento fue proferido dentro del término de ley por la Secretaría de Educación del DEPARTAMENTO DE CALDAS, acto que como se anotó, fue notificado el 15 de julio de 2020 y una vez ejecutoriado el 30 de julio de 2020, fue remitido a la FIDUPREVISORA S.A. con el Oficio PS 0585 al día siguiente (PDF N° 23, pág. 7), por lo que contrario a lo afirmado por la apelante, la mora no es imputable a la entidad territorial.

Lo que se evidencia en el sub lite es una mora generada con posterioridad al reconocimiento de las cesantías, lo cual resulta imputable a la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM en los términos del inciso primero del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 que señala que, *“Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaria de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”* /Destacado del Tribunal/.

De otro lado, de la lectura integral del artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no se puede inferir que se haya excluido a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FNPSM de la obligación del pago de la sanción moratoria por el pago tardío de cesantías, pues lo que contempla el parágrafo transitorio es una autorización al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO para emitir títulos de tesorería a efectos de financiar el pago de las sanciones causadas a diciembre de 2019, sin que por ello pueda afirmarse, se insiste, que tácitamente se haya liberado a la demandada de la obligación de pago de las sanciones que se causen a partir de enero de 2020. 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 apelante, en atención a lo establecido en el canon 365 numeral 3 del C.G.P. Sin agencias en derecho en esta instancia, por no haberse causado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual accedió a las pretensiones formuladas por el señor

LEONEL TAPASCO CALVO 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 **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° 060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2022 0058 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Inés Amparo Mejía García
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 239

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 6 de marzo de 2023, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-244 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS-SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de las entidades demandadas, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Manifiesta su oposición a las pretensiones de la demanda y argumenta que la normatividad que pretende la parte actora se aplique al sub examine, esto es, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 es de aplicación exclusiva para trabajadores particulares y no para los docentes afiliados al FOMAG quienes tiene norma especial, y se les aplica para el pago de los intereses a las cesantías el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 que valga decir, se caracteriza por tener condiciones per se más beneficiosas que las del régimen general, por lo tanto, al aplicar a un régimen especial que cuenta con mayores beneficios, beneficios adicionales de normas de régimen general desborda no solo su sostenibilidad financiera, sino que genera una inequidad desbordante entre los Individuos beneficiarios del régimen especial y el resto de la población. Finalmente expone que, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 son destinatarios del régimen de liquidación y pago de las cesantías contemplado en la ley 344 de 1996, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, circunstancia que valga decir, no es aplicable a los docentes vinculados al régimen especial docente.

Propuso las siguientes excepciones: *“ineptitud sustancial de la demanda por no agotamiento de la reclamación administrativa”, “inepta demanda por falta de requisitos formales en la demanda por la indebida escogencia del acto administrativo a demandar”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “legalidad de los actos administrativo atacados de nulidad” e “inexistencia de la obligación”.*

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley” y “prescripción”.*

5. Sentencia de primera instancia.

El 6 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y

sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

Sobre el carácter especial del régimen de cesantías docentes, la Sentencia C-928 de 2006 indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, en el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, y que frente a las cesantías el régimen opera así: “(...) la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.”

Ese carácter especial, excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular los de empleados públicos del nivel nacional y territorial, puesto que, como lo considerara la Corte Constitucional en la sentencia referida y el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 001/16, no es plausible predicar violación al derecho a la igualdad en el régimen de cesantías docentes con respecto a otros regímenes, porque ni siquiera es posible agotar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, atinente a la existencia de un patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

En este punto, el Despacho se remitió al artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que de manera diáfana excluye de su aplicación a los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, lo que reafirma el carácter especial del régimen de cesantías de esta ley, cuando señala: “Sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”. Por ende, no es posible siquiera sugerir que con la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, se haya subrogado la Ley 91 de 1989.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

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

Artículo 9º. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el*

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

*3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, **en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla***

el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente **a los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

² *“Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.*

³ *“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”.*

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.*

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.
¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$2.886.784; e intereses a las cesantías por valor de \$1.053.192, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-244 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la

¹² Anexos de la demanda. Archivo 004. Carpeta digital.

mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Inés Amparo Mejía García contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

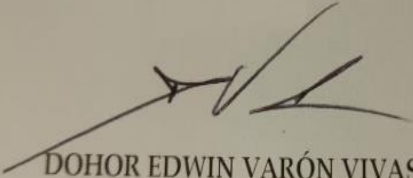
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 001 2022 00059 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Alejandra María Espitia Zamora
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 240

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de marzo de 2023, Mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-177 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

No contestó la demanda.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El 31 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

La disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

En cuanto al pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado.

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

Artículo 8º. 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

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998;

disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, 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.

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

⁶ 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).
⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)
⁸ 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)
⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.176.924; e intereses a las cesantías por valor de \$857.552, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-177 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

¹² Anexos de la demanda. Archivo 002. Carpeta digital.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 31 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Alejandra María Espitia Zamora contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

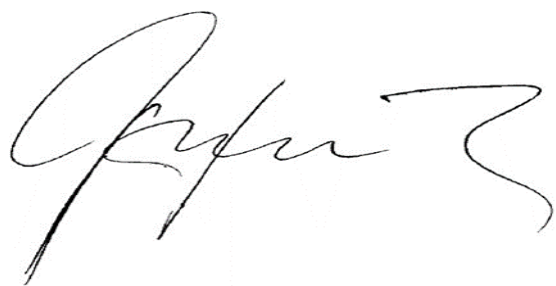
Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

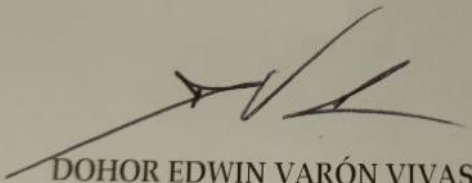
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 001 2022 00074 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Nidia Guzmán Ruiz
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 241

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de marzo de 2023, Mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-318 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia. Propuso la excepción de fondo que denominó “Inexistencia de la obligación”.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

6. Sentencia de primera instancia.

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados

con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

La disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

En cuanto al pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado.

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones

de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

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

Artículo 9º. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el que fueron reportados; los incrementos salariales decretados por el Gobierno Nacional y; un incremento por el impacto de los ascensos en el escalafón, según los criterios definidos en la Ley 715 de 2001. Dicha información será generada por la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo, discriminada por entidad territorial y por concepto.*

Parágrafo 1º. La entidad territorial, en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de recibo del valor proyectado, deberá presentar las observaciones a que haya lugar, ante la sociedad fiduciaria administradora

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

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

(...) Para el pago de las prestaciones económicas y los servicios de salud, **el Fondo deberá aplicar el principio de unidad de caja con el fin de lograr mayor eficiencia en la administración y pago de las obligaciones definidas por la ley**, con excepción de los recursos provenientes del Fondo Nacional de Pensiones de

las Entidades Territoriales - FONPET. En todo caso, el Fondo debe priorizar el pago de los servicios de salud y de las mesadas pensionales de los maestros...”

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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

² *“Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.*

consignación anual. Posteriormente, este ámbito de protección fue complementado por la Ley 1071 de 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

³ *“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”.*

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA,

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.263.172; e intereses a las cesantías por valor de \$1.156.795, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-318 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El*

¹² Anexos de la demanda. Archivo 002. Carpeta digital.

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

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 17 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Nidia Guzmán Ruiz contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

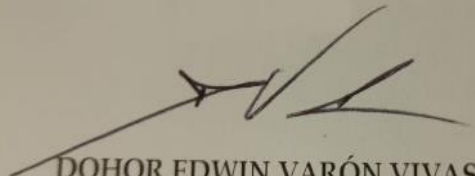
Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2022 00085 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Cesar Augusto Cardona Valencia
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 248

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 6 de marzo de 2023, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-201 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de las entidades demandadas, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Señala que las pretensiones carecen de sustento fáctico y jurídico necesario para que las mismas prosperen. Dice que el personal docente se encuentra regulado en materia prestacional por un régimen excepcional el cual incluye un sistema de reconocimiento y pago de cesantías e intereses a las cesantías, dentro del marco de un régimen excepcional establecido en la ley 91 de 1989, y es desarrollado en el decreto 2831 de 2005, modificado por el Decreto 1272 del 23 de julio de 2018 y complementado por las leyes 244 de 1995, 344 de 1996, 1071 de 2006 y 1955 de 2019, entre otras.

Estima evidente que la única conclusión se encuentra acorde al criterio hermenéutico consignado en la sentencia SU-098 de 2018, y es que en el presente asunto no se configura la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, como tampoco se podrá configurar esta sanción para los docentes que se encuentren bajo los mismos supuestos de hecho aquí expresados.

Lo que se solicita en la presente demanda es un hecho de imposible cumplimiento, ya que como reiteradamente se señala en el texto del libelo, se pretende que las cesantías de los docentes sean consignadas en una cuenta individual del docente en el FOMAG, siendo que la misma legislación previó un sistema distinto para este esquema en donde es inadmisibles la administración a través de cuentas individuales. Para que esto sea posible se requeriría que el legislador desmonte el compendio de normas bajo la cual se erige la estructura del FOMAG y en su lugar disponga otro modelo que derogue el que actualmente se encuentra vigente. Así mismo, yerra el demandante cuando señala que esta obligación inicia con la entrada en vigencia de la Ley 1955 de 2019, artículo 57, siendo que esta norma jamás hace referencia a la constitución de cuentas individuales; por el contrario, ratifica el principio de unidad de caja para el pago de las prestaciones económicas de los docentes y la prestación de los servicios médico-asistenciales.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”* y *“prescripción”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El 6 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados

con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

Sobre el carácter especial del régimen de cesantías docentes, la Sentencia C-928 de 2006 indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, en el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, y que frente a las cesantías el régimen opera así: “(...) la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.”

Ese carácter especial, excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular los de empleados públicos del nivel nacional y territorial, puesto que, como lo considerara la Corte Constitucional en la sentencia referida y el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 001/16, no es plausible predicar violación al derecho a la igualdad en el régimen de cesantías docentes con respecto a otros regímenes, porque ni siquiera es posible agotar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, atinente a la existencia de un patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

En este punto, el Despacho se remitió al artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que de manera diáfana excluye de su aplicación a los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, lo que reafirma el carácter especial del régimen de cesantías de esta ley, cuando señala: “Sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”. Por ende, no es posible siquiera sugerir que con la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, se haya subrogado la Ley 91 de 1989.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

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

Artículo 9º. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el*

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

*3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, **en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla***

el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente **a los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.*

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.
¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.923.876; e intereses a las cesantías por valor de \$445.192, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-201 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la

¹² Anexos de la demanda. Archivo 004. Carpeta digital.

mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 6 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor César Augusto Cardona Valencia contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

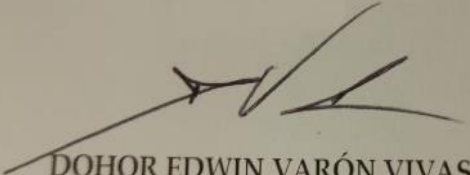
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 005 2022 00086 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Diana María Morales Hernández
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 242

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales el 29 de marzo de 2023, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-341 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de las entidades demandadas, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

En su escrito de contestación, la accionada señala que la demanda se encuentra fundada en supuestos fácticos falsos e inexistentes y las pretensiones de la demanda contrarían los beneficios que tienen los docentes afiliados al FOMAG.

Explica que, el compendio normativo que crea y regula al FOMAG, no contempla la posibilidad jurídica de la apertura de cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, además de que el régimen de cesantías que se aplica a los docentes es más beneficioso para estos que el régimen contenido en la ley 50 de 1990.

Afirma que, debe dársele aplicación al principio de inescindibilidad de la norma, puesto que, a su juicio es imposible desprenderse de lo que expresamente señala la ley 91 del 1989 y una interpretación diferente, iría en contra de la armonía y consonancia que debe observarse en la aplicación normativa.

Finalmente, asegura que, en el presente caso no se configuran los preceptos señalados en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, teniendo en cuenta que, la sanción por mora por la no consignación o consignación extemporánea de las cesantías está atada a un hecho en concreto, esto es, el acto de la consignación de las cesantías, situación que no se da en el caso de los docentes.

Propuso como excepción de mérito la que denominó *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Inexistencia del deber de la Nación – Mineducación – FOMAG, de pagar indemnización moratoria por la presunta cancelación tardía de los intereses de las cesantías docentes”, “Imposibilidad fáctica de equiparar la actividad operativa liquidación de la cesantía, realizada por el ente territorial, con la de consignación de la cesantía, para extender las previsiones indemnizatorias de la Ley 50 de 1990”, “Régimen especial docente, no resulta per se violatorio del derecho a la igualdad”, “Imposibilidad operativa de que se configure sanción moratoria por consignación tardía”, “Procedencia del apartamiento administrativo en nuestro ordenamiento jurídico”, “Técnica de distinción (distinguishing) como razón para no aplicar una sentencia de unificación jurisprudencial, o con efecto inter pares”, “No procedencia de la condena en costas” y “Excepción Genérica”.*

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, e “Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”.*

5. Sentencia de primera instancia.

Manifiesta que en el régimen especial docente de la Ley 91 de 1989, la secretaría de

educación no tiene la obligación jurídica de realizar la consignación de las cesantías al Fomag, y en el caso de la Fiduprevisora -como vocera del Fomag-, sus atribuciones se limitan al pago de las cesantías parciales o definitivas que solicite la parte interesada cuando estas sean exigibles (educación, vivienda o por retiro del servicio).

Por consiguiente, no existe dentro del régimen especial docente la obligación de consignar las cesantías a una cuenta individual, pues estos recursos son girados por la Nación al fondo común manejado por el Fomag. Por lo mismo, no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por consignación extemporánea de las cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 desde el 15 de febrero de 2021, como tampoco al reconocimiento de la indemnización por pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, pues esa posibilidad sólo resulta predicable respecto de los empleados públicos afiliados a Fondos de cesantías privados, conforme a la Ley 344 de 1996 y sus decretos reglamentarios.

Así las cosas, concluye que las normas cuya aplicación reclama la parte demandante, resultan incompatibles con el régimen especial previsto para los docentes, aunado a que su aplicación violaría el principio de inescindibilidad normativa, pues tanto la consignación de las cesantías como el pago de los intereses, están regulados de manera específica en la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo 39 de 1998.

Es más, para el personal docente existe una expresa exclusión de aplicación normativa respecto de la Ley 344 de 1996, y, consecuentemente, de la Ley 50 de 1990; exclusión que no resulta lesiva del derecho a la igualdad ni al principio de favorabilidad.

Además, las sentencias del Consejo de Estado que se citan como antecedente, no guardan identidad fáctica con el presente caso, pues tratan asuntos como el pago de cesantías retroactivas, omisión en la afiliación al Fomag o sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes pertenecientes a la planta del ente territorial.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

Expresó que aunque los docentes pertenezcan a un “régimen especial”, ello no implica que

las entidades nominadoras y responsables de sus prestaciones sociales se sustraigan de la obligación de consignar los recursos de las cesantías en el Fondo, razón que conlleva a un Fondo desfinanciado y que siempre presenta déficit, y que para sortear su insolvencia, acude a restricciones de periodicidad para el retiro parcial de cesantías en contravía del orden constitucional, como se ha estudiado en el Consejo de Estado en el expediente radicado: 11001-03-25-000-2016-00992-00, donde se estudió la Nulidad del inciso primero del artículo 5º del Acuerdo 34 de 1998, cuya sentencia de 24 de octubre de 2019 declaró la nulidad solicitada.

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Artículo 7°. 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°. 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°. 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. 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. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

Artículo Cuatro: El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio realizará el pago de los intereses en el mes de marzo, a los docentes cuya

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 24 de agosto de 2018, Rad.: 08001-23-

Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ 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)

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.
¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).
¹² Anexos de la demanda. Archivo 002. Carpeta digital.

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.445.102; e intereses a las cesantías por valor de \$736.519, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-211 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más

favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 29 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diana María Morales Hernández contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

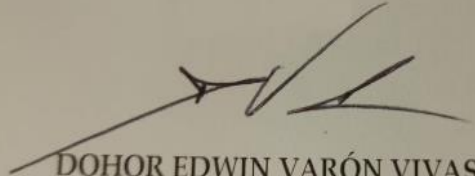
Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase

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

Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

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

DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado

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

AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 001 2022 00088 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Martha Liliana Gutiérrez Leal
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 243

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales el 17 de marzo de 2023, Mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-654 DEL 12 DE OCTUBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 29 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Luego de un análisis pormenorizado del procedimiento que se sigue para garantizar la disponibilidad de las cesantías de los docentes arribó a las siguientes conclusiones:

1. El compendio normativo en el cual se sustenta el FOMAG, no contempla la posibilidad de la apertura de cuentas individuales para cada uno de los afiliados, configurándose así la imposibilidad jurídica de acudir a su creación por vía de una orden judicial, como lo pretende el demandante, pues el FOMAG se rige por el principio de unidad de caja expresamente dispuesto para su administración.
2. El funcionamiento mismo del fondo cuenta, que se administra bajo la figura de un fondo común, configura una imposibilidad física para aperturar cuentas individuales para cada uno de los más de 300.000 docentes que se encuentran afiliados al FOMAG.
3. Ante la imposibilidad física y jurídica de apertura de cuentas individuales para cada docente afiliado al FOMAG, la imposibilidad se extiende a la figura de la “consignación de cesantías”. En lugar de una consignación, los docentes tienen la posibilidad de retirar sus cesantías siempre que su solicitud cumpla con el lleno de los requisitos de ley.
4. Teniendo en cuenta las anteriores precisiones, no podría configurarse la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, artículo 99, para el escenario del FOMAG, ya que lo que pena la ley en mención es la consignación inoportuna de las cesantías y, al estar vedada la posibilidad de la consignación de las cesantías de los docentes del FOMAG, de contera se descarta algún tipo de sanción.

En virtud de lo anteriormente anotado, solicitó negar las pretensiones de la demanda, pues el acto administrativo demandado se ciñó a las normas legales aplicables a la materia.

Propuso la excepción de fondo que denominó “Inexistencia de la obligación”.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

6. Sentencia de primera instancia.

El 17 de marzo de 2023, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes

del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

La disposición de recursos para el pago de las cesantías de los docentes, no lleva a la generación de cuentas individuales para cada uno de los afiliados al Fondo, en virtud del principio de unidad de caja, en tanto lo que ocurre es que a la cuenta del Fondo llegan los recursos de La Nación, a través del Ministerio de Educación Nacional, con aportes a cargo de diferentes sujetos, con lo que se logra que dicho fondo cuente con los recursos necesarios para el pago de las cesantías de los docentes.

En cuanto al pago de intereses de cesantías a los docentes, se tiene que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio expidió el Acuerdo 39 de 1998, en el cual se estableció la forma como se reconocería y pagarían las cesantías y los intereses a las cesantías del personal docente afiliado.

De conformidad con lo estipulado en el Acuerdo 39 de 1998, el cual goza de presunción de legalidad -pues no ha sido declarado nulo por esta jurisdicción-, tampoco es procedente solicitar la moratoria por la consignación inoportuna de los intereses a las cesantías, pues está claro que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene hasta el 31 de marzo para efectuar la consignación en la cuenta nómina del docente.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de

1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

Artículo 7°. 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°. 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°. 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. *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. *Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.*

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 *“Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”*, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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

² *“Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.*

Ley 1071 de 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.*

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA,

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$2.655.051; e intereses a las cesantías por valor de \$481.227, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-654 del 12 de octubre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El*

¹² Anexos de la demanda. Archivo 002. Carpeta digital.

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

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 17 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Martha Liliana Gutiérrez Leal contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

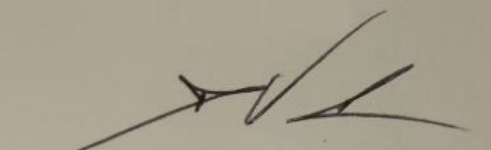
Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2022 00095 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Julián Marcelo Castro González
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 244

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 14 de marzo de 2023, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-270 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de las entidades demandadas, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 1 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Explica que, el compendio normativo que crea y regula al FOMAG, no contempla la posibilidad jurídica de la apertura de cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, además de que el régimen de cesantías que se aplica a los docentes es más beneficioso para estos que el régimen contenido en la ley 50 de 1990.

Afirma que debe dársele aplicación al principio de inescindibilidad de la norma, puesto que, a su juicio, es imposible desprenderse de lo que expresamente señala la ley 91 del 1989 y una interpretación diferente, iría en contra de la armonía y consonancia que debe observarse en la aplicación normativa.

Aduce que, se trata de dos regímenes completamente diferentes tanto en la liquidación como en la forma de pago, además de que, cada uno de estos tiene destinatarios diferentes, puesto que, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliado a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación.

Finalmente, manifiesta que, no le asiste derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que, es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990, no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y al efectuar un estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se puede deducir que el pago se llevó a cabo conforme a la ley.

Propuso la excepción que denominó *“inexistencia de la obligación”*.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El 14 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó

sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

Sobre el carácter especial del régimen de cesantías docentes, la Sentencia C-928 de 2006 indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, en el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, y que frente a las cesantías el régimen opera así: “(...) la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.”

Ese carácter especial, excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular los de empleados públicos del nivel nacional y territorial, puesto que, como lo considerara la Corte Constitucional en la sentencia referida y el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 001/16, no es plausible predicar violación al derecho a la igualdad en el régimen de cesantías docentes con respecto a otros regímenes, porque ni siquiera es posible agotar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, atinente a la existencia de un patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

En este punto, el Despacho se remitió al artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que de manera diáfana excluye de su aplicación a los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, lo que reafirma el carácter especial del régimen de cesantías de esta ley, cuando señala: “Sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”. Por ende, no es posible siquiera sugerir que con la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, se haya subrogado la Ley 91 de 1989.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (rft).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

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

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

Artículo 9°. 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. 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. Con base en las novedades de personal de la planta docente reportadas por las entidades territoriales, la sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en los meses de marzo, julio y noviembre de cada año, solicitará el ajuste de las cuantías que debe girar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para cubrir los aportes de ley a cargo de las entidades territoriales y de los afiliados al Fondo, de tal manera que con cargo a la misma vigencia fiscal y a más tardar en el mes de enero del año siguiente, se cubra y gire el total de aportes a favor del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público le informará a la entidad territorial de los ajustes pertinentes.

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las

acciones necesarias para atender dicha obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.*

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)
¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.659.595; e intereses a las cesantías por valor de \$977.672, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-270 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

¹² Anexos de la demanda. Archivo 004. Carpeta digital.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 14 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Julián Marcelo Castro González contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

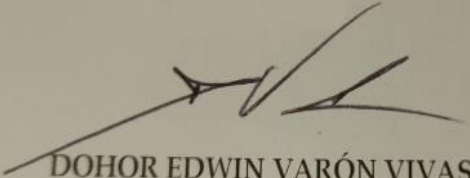
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “*Justicia XXI*”.

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00109-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: **AUGUSTO MORALES VALENCIA**

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 246

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados **AUGUSTO MORALES VALENCIA**, quien la preside, **AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN** y **PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA**, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **YHOANA PATRICIA MARTÍNEZ OSPINA** 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 352 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°12 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 ‘INPETITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’, ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, ‘PRESCRIPCIÓN’, ‘CADUCIDAD’, ‘PROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS CONTRA EL DEMANDANTE’ y la ‘GENÉRICA’.

El **DEPARTAMENTO DE CALDAS** hizo lo propio con el escrito que reposa en el documento PDF N°13, 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 4ª Administrativa del Circuito de Manizales dictó sentencia negando las pretensiones de la parte actora, fallo que integra el documento 22 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 oportunamente, 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.

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

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

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

De lo anterior, concluye que los educadores que tengan un régimen de cesantías anualizadas, tienen derecho a que estas sean consignadas oportunamente en el fondo el 15 de febrero de cada año, como también al pago oportuno de sus intereses máximo el 31 de enero de cada anualidad. Añade que estos plazos han

sido incumplidos desde hace 30 años, pero aclara que pretende el restablecimiento únicamente de las sumas correspondientes al 2021, y que el plazo para esta consignación no se halla contenido en la Ley 91 de 1989, por lo que es aplicable el término determinado en la Ley 50 de 1990, conforme lo ha definido la jurisprudencia constitucional.

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

la información reportada al Ministerio de Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

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

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

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

Parágrafo 1°. En todo caso la entidad territorial es responsable de verificar el pago de los aportes. De no efectuarse el descuento, o ser este insuficiente para cubrir la obligación de la entidad territorial, esta deberá adelantar las acciones necesarias para atender dicha

obligación dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes” /Destacados son de la Sala/.

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

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

...

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

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

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

informará al Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”.

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

Más recientemente, en la Sentencia SU-098 de 2018, el tribunal constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral,

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.

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 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%.

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)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho

*auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

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

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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

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

COSTAS

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

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **YHOANA**

PATRICIA MARTÍNEZ OSPINA 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. 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° 060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2022 00111 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Diana Milena Zapata Carmona
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 245

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 31 de enero de 2023, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-352 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de las entidades demandadas, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 10 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Explica que, el compendio normativo que crea y regula al FOMAG, no contempla la posibilidad jurídica de la apertura de cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, además de que el régimen de cesantías que se aplica a los docentes es más beneficioso para estos que el régimen contenido en la ley 50 de 1990.

Afirma que debe dársele aplicación al principio de inescindibilidad de la norma, puesto que, a su juicio, es imposible desprenderse de lo que expresamente señala la ley 91 del 1989 y una interpretación diferente, iría en contra de la armonía y consonancia que debe observarse en la aplicación normativa.

Aduce que, se trata de dos regímenes completamente diferentes tanto en la liquidación como en la forma de pago, además de que, cada uno de estos tiene destinatarios diferentes, puesto que, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliado a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación.

Finalmente, manifiesta que, no le asiste derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que, es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990, no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y al efectuar un estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se puede deducir que el pago se llevó a cabo conforme a la ley.

Propuso la excepción que denominó *“inexistencia de la obligación”*.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El 31 de enero de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

Sobre el carácter especial del régimen de cesantías docentes, la Sentencia C-928 de 2006 indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, en el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, y que frente a las cesantías el régimen opera así: “(...) la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.”

Ese carácter especial, excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular los de empleados públicos del nivel nacional y territorial, puesto que, como lo considerara la Corte Constitucional en la sentencia referida y el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 001/16, no es plausible predicar violación al derecho a la igualdad en el régimen de cesantías docentes con respecto a otros regímenes, porque ni siquiera es posible agotar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, atinente a la existencia de un patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

En este punto, el Despacho se remitió al artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que de manera diáfana excluye de su aplicación a los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, lo que reafirma el carácter especial del régimen de cesantías de esta ley, cuando señala: “Sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”. Por ende, no es posible siquiera sugerir que con la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, se haya subrogado la Ley 91 de 1989.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia,

alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (rft).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías**.

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$5.258.256; e intereses a las cesantías por valor de \$327.706, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-437 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003,

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

¹² Anexos de la demanda. Archivo 002. Carpeta digital.

reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los intereses a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y

ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 31 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Diana Milena Zapata Carmona contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

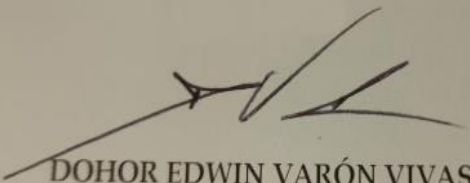
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 39 006 2022 00124 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Carlos Alberto Cadavid Cárdenas
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 246

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales el 22 de marzo de 2023, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-194 DEL 8 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La demandante por laborar como docente al servicio de las entidades demandadas, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La demandante solicitó el 2 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante el acto administrativo demandado, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Explica que, el compendio normativo que crea y regula al FOMAG, no contempla la posibilidad jurídica de la apertura de cuentas individuales para cada uno de sus afiliados, además de que el régimen de cesantías que se aplica a los docentes es más beneficioso para estos que el régimen contenido en la ley 50 de 1990.

Afirma que debe dársele aplicación al principio de inescindibilidad de la norma, puesto que, a su juicio, es imposible desprenderse de lo que expresamente señala la ley 91 del 1989 y una interpretación diferente, iría en contra de la armonía y consonancia que debe observarse en la aplicación normativa.

Aduce que, se trata de dos regímenes completamente diferentes tanto en la liquidación como en la forma de pago, además de que, cada uno de estos tiene destinatarios diferentes, puesto que, la ley 50 de 1990 prevé su aplicación a los servidores públicos del nivel territorial afiliado a un fondo privado de cesantías y los docentes son empleados públicos del orden nacional afiliados por disposición legal única y exclusivamente a la cuenta especial de la Nación.

Finalmente, manifiesta que, no le asiste derecho a la demandante al pago de la indemnización moratoria por consignación extemporánea de intereses a las cesantías, ya que, es claro que las disposiciones de la ley 50 de 1990, no son aplicables a los docentes afiliados al FOMAG, y al efectuar un estudio conforme a lo contemplado en la ley 91 de 1989, se puede deducir que el pago se llevó a cabo conforme a la ley.

Propuso las excepciones que denominó *“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”* e *“inexistencia de la obligación”*.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Buena fe”*; e *“Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El 22 de marzo de 2023, el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

Sobre el carácter especial del régimen de cesantías docentes, la Sentencia C-928 de 2006 indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, en el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, y que frente a las cesantías el régimen opera así: “(...) la Ley 91 de 1989 dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.”

Ese carácter especial, excluye la aplicación de regímenes de cesantías aplicables a otros servidores públicos, en particular los de empleados públicos del nivel nacional y territorial, puesto que, como lo considerara la Corte Constitucional en la sentencia referida y el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 No. 001/16, no es plausible predicar violación al derecho a la igualdad en el régimen de cesantías docentes con respecto a otros regímenes, porque ni siquiera es posible agotar el primer elemento del juicio integrado de igualdad, atinente a la existencia de un patrón de igualdad o *tertium comparationis*.

En este punto, el Despacho se remitió al artículo 13 de la Ley 344 de 1996, norma que de manera diáfana excluye de su aplicación a los docentes que se rigen por la Ley 91 de 1989, lo que reafirma el carácter especial del régimen de cesantías de esta ley, cuando señala: “Sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”. Por ende, no es posible siquiera sugerir que con la entrada en vigor de la Ley 344 de 1996, se haya subrogado la Ley 91 de 1989.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia,

alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990

a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período. Las cesantías del personal nacional docente, acumuladas hasta el 31 de diciembre de 1989, que pasan al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, continuarán sometidas a las normas generales vigentes para los empleados públicos del orden nacional. (rft).

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “*Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley*”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

Parágrafo 2º. Sin perjuicio de lo anterior, los aportes realizados por concepto de tales personas no generarán derechos prestacionales a su favor y a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y serán

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “*consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía*” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. *Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.*

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “*Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio*”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

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

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías “*sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989*”, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente a **los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

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

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰.

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$6.107.809; e intereses a las cesantías por valor de \$801.660, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-194 del 8 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la demandante es docente afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003,

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

¹² Anexos de la demanda. Archivo 004. Carpeta digital.

reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

En cuanto a los intereses a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y

ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 22 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Carlos Alberto Cadavid Cárdenas contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

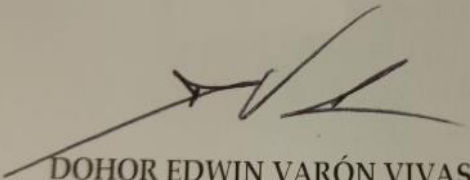
Cuarto. Ejecutoriada esta providencia, **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen y **háganse** las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.


DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado


AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación:	17001 33 33 004 2022 00136 02
Clase:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante:	Fernando Pacheco Castrillón
Demandado:	Nación – Ministerio de Educación - FNPSM
Providencia:	Sentencia No. 247

Asunto

La Sala Segunda de Decisión desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales el 19 de diciembre de 2022, mediante la cual se negaron las pretensiones de la parte demandante.

I. Antecedentes.

1. Pretensiones

Solicita la parte demandante lo siguiente:

“DECLARACIONES:

1. *Se declare la nulidad del acto administrativo identificado como oficio NOM-400 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2021, donde niegan el reconocimiento y pago de la SANCIÓN POR MORA por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero de 2021, fecha en que debió efectuarse el pago de las cesantías del año 2020, en el respectivo Fondo Prestacional y hasta el momento en que se acredite el pago de los valores correspondientes en la cuenta individual del docente, así como también niegan el derecho a la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.*

CONDENAS

2. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA*

DE EDUCACIÓN a que se le reconozca y pague la INDEMNIZACIÓN, por el pago tardío de los intereses a las cesantías, que se encuentra establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, indemnización que es equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el año 2020, los cuales fueron cancelados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

3. *Condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, a que se le reconozca y pague la SANCIÓN POR MORA establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, equivalente a un (1) día de su salario por cada día de retardo, contados desde el 15 de febrero del año 2021, fecha en que debió consignarse el valor correspondiente a las cesantías del año 2020, en el respectivo fondo prestacional y hasta el día en que se efectúe el pago de la prestación.*
4. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN, al reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo de la SANCIÓN MORATORIA E INDEMNIZACIÓN POR PAGO EXTEMPORÁNEO DE LOS INTERESES, referidas en los numerales anteriores, tomando como base la variación del índice de precios al consumidor desde la fecha en que debió efectuarse el pago de cada una las anualidades respectivas y de manera independiente conforme hayan sido las cancelaciones y hasta el momento de la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al presente proceso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 187 del C.P.A.C.A.*
5. *Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS – SECRETARIA DE EDUCACIÓN - al reconocimiento y pago de intereses moratorios a partir del día siguiente de la fecha de la ejecutoria de la sentencia y por el tiempo siguiente hasta que se efectúe el pago de las SANCIONES MORATORIAS reconocidas en esta sentencia, art 192 del C.P.A.C.A.*
6. *Que se ordene a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN, dar cumplimiento al fallo que se dicte dentro de este proceso en el término de 30 días contados desde la comunicación de este tal como lo dispone el artículo 192 y siguientes del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (C.P.A.C.A).*
7. *Condenar en costas a la NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL y a la entidad territorial - DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS- SECRETARIA DE EDUCACIÓN (...)"*

2. Hechos.

Como fundamento fáctico de la demanda, la parte actora expuso lo siguiente:

1. El artículo 3 de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica y atendiendo a lo regulado por el parágrafo 2º del art. 15 de la Ley 91 de 1989, le asignó como competencia el pago de las cesantías de los docentes de los establecimientos educativos del sector oficial.

2. Con posterioridad a la entrada en vigencia del artículo 57 de la ley 1955 de 2019, se modificó la ley 91 de 1989, se le entregó la responsabilidad del reconocimiento y liquidación de las cesantías a las entidades territoriales y el pago de sus intereses antes del 30 de enero de la anualidad siguiente directamente al docente, y la consignación de las cesantías en el Fomag en la cuenta individual dispuesta para cada docente antes del 15 de febrero siguiente a la Nación.
3. La parte demandante por laborar como docente al servicio de la entidad territorial, tiene derecho a que sus intereses a las cesantías sean consignados a más tardar el día 31 de enero de 2021 y sus cesantías sean canceladas hasta el 15 de febrero de 2021.
4. La entidad territorial y el FPSM, no han procedido de manera efectiva a consignar ni los intereses a las cesantías, ni tampoco las cesantías que corresponde a su labor como servidor público del año 2020, ante la Fiduciaria La Previsora o el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio – como cuenta especial de la Nación – y ambos términos fueron rebasados, por lo tanto, deben reconocer y pagar, de manera independiente, las sanciones moratorias causadas, desde el 1 de enero de 2021 para el caso de los intereses a las cesantías, y a partir del 16 de febrero de la misma anualidad, para las cesantías que debían consignar las entidades demandadas, como lo ordena la ley.
5. La parte demandante solicitó el 10 de septiembre de 2021, el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por la no consignación de la cesantía y sus intereses a la entidad nominadora, y esta resolvió negativamente en forma expresa mediante los actos administrativos demandados, por lo que previo a la presentación de la demanda se presentó solicitud de conciliación prejudicial, la cual fue declarada fallida.

3. Normas violadas y concepto de la violación

La parte demandante estimó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política de Colombia Artículo 13 y 53; Ley 91 de 1989. Art. 5 y 15; Ley 50 de 1990, Art. 99; Ley 1955 de 2019. Art. 57; Ley 52 de 1975, art. 1; Ley 344 de 1996, artículo 13; Ley 432 de 1998, art. 5; Decreto Nacional 1176 de 1991, artículo 3; Decreto Nacional 1582 de 1998, arts. 1 y 2.

Refirió que el acto administrativo es nulo por infracción de las normas en las que debió fundarse, según la causal descrita en el artículo 137 del CPACA, aplicable al artículo 138 del mismo cuerpo normativo.

Manifestó que las cesantías anualizadas deben liquidarse al 30 de diciembre, pagarse los intereses antes del 30 de enero, y ser consignadas en el Fondo de Prestaciones antes del 15 de febrero de cada año, al igual que el resto de los servidores públicos, al punto que han dispuesto el pago de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cuando advierten que las cesantías no están consignadas a disposición de su destinatario.

Adujo que la finalidad de la Ley 91 de 1989 es que las cesantías sean consignadas de manera anualizada en el Fondo de Prestaciones del magisterio, filosofía que igualmente han prohijado las Leyes 60 de 1993 y 1955 de 2019.

Resaltó que a los docentes se les aplican los mandatos legales que consagran las sanciones por consignación tardía del auxilio de cesantías, pues se trata de una interpretación menos restrictiva de la Ley 344 de 1996, como lo han expuesto los tribunales de cierre de esta jurisdicción y el constitucional en la sentencia SU-098 de 2018. Agregó que si a los docentes les fue modificado el régimen de cesantías al anualizado como a los demás empleados del Estado, lo lógico es que también se apliquen las sanciones por consignación tardía, que también operan para todos los servidores.

4. Contestación de la demanda.

4.1. Nación – Ministerio de Educación – FOMAG.

Se opuso a las pretensiones de la demanda indicando que el artículo 57 de la Ley 1955 de 2019 no hace referencia alguna a la forma o fechas en que se deben pagar los intereses de las cesantías, y mucho menos a que la consignación de cesantías deba realizarse en una cuenta individual del docente, por lo que ellas fueron tramitadas conforme al régimen especial establecido en el inciso 2, del numeral 3 del artículo 15 de la Ley 91 de 1989 y el Acuerdo No. 39 de 1998.

Adujo que el Consejo de Estado el Consejo de Estado en sentencia del 24 de enero de 2019, número interno: 4854-2014, expresó que el sistema de cálculo de los intereses de las cesantías de los docentes del FOMAG es mucho más beneficioso que el de los demás trabajadores del país, teniendo en cuenta que al tenor de lo establecido en el artículo primero del acuerdo se pagará un interés anual sobre el saldo de las cesantías existentes a 31 de diciembre de cada año (aplicando al valor acumulado de cesantía la tasa de interés que de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria haya sido la comercial promedio efectiva de captación del sistema financiero durante el mismo periodo).

Finaliza indicando que, el hecho de que en el sistema normativo de los docentes se prescinda de la herramienta financiera de las cuentas individuales no pone en peligro el acceso a este auxilio, por tanto, en el derecho positivo no se incorporó algún tipo de indemnización frente a una consignación tardía en una cuenta individual.

Propuso como excepción de mérito la que denominó *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Inexistencia del derecho reclamado a favor del demandante”, “Cobro de lo no debido”, “Buena fe”, “Imprudencia de la condena en costas” y “Excepción Genérica”*.

4.2. Departamento de Caldas.

Manifestó su oposición a la prosperidad de las pretensiones en tanto alega que la responsabilidad para el reconocimiento y pago de prestaciones es del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Afirmó que a la parte demandante le es aplicable la Ley 91 de 1989, régimen excepcional para los docentes dentro del cual no está consagrada la indemnización moratoria, como tampoco le es aplicable el sistema de cesantías regulado por la Ley 50 de 1990, el cual corresponde solo a los funcionarios públicos afiliados a los Fondos Privados de Cesantías.

Expresó que por mandato de la ley 91 de 1989, los docentes serán afiliados al FOMAG, cuya naturaleza jurídica y funcionamiento tiene su propio marco normativo, distinto a lo regulado para los fondos privados de cesantías creados por la ley 50 de 1990.

Afirmó que lo pretendido por los demandantes es la extensión de unos efectos que no tiene la norma, toda vez que los mismos son propios del régimen privado de cesantías y no del régimen especial al cual pertenecen por tratarse de afiliados al régimen especial del que gozan los miembros del magisterio.

Propuso como medios exceptivos: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, e “Inexistencia de la obligación con fundamento en la ley”*.

5. Sentencia de primera instancia.

El 19 de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales dictó sentencia en el asunto de la referencia, negando las pretensiones de la parte demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones.

Indicó que las cesantías a favor de los docentes se encuentran reguladas por el artículo 15 numerales 1º y 3º de la Ley 91 de 1989. De acuerdo con dicha norma, a los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, se les aplica un sistema de cesantías con retroactividad, mientras que a aquellos docentes nacionalizados vinculados

con posterioridad a la referida fecha (1 de enero de 1990 y en adelante) o para los docentes del orden nacional, se les aplica un sistema anualizado de cesantías sin retroactividad y sujeto al reconocimiento de intereses.

En consecuencia, los docentes tienen un régimen especial configurado en la Ley 91 de 1989, distinto al que fue previsto en su momento para los empleados territoriales conforme a la Ley 6 de 1945 y Decreto 1160 de 1946, denominado sistema retroactivo de liquidación, y diferente del régimen anualizado de cesantías contemplado en la Ley 50 de 1990, previsto para los trabajadores de derecho privado y más tarde incorporado para los empleados públicos con la Ley 344 de 1996 (artículo 13).

Estimó que las normas referidas reafirman que sólo los docentes territoriales y/o nacionalizados podrían continuar con el régimen de cesantías vigente hasta antes de la Ley 91 de 1989, mientras que los docentes vinculados con posterioridad a la Ley 91 de 1989 se someten al nuevo régimen especial.

Sobre el carácter especial del régimen de cesantías docentes, indicó que los docentes gozan de un régimen prestacional especial, previsto en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, en el cual el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio tiene entre sus objetivos efectuar el pago de prestaciones sociales del personal afiliado, y que frente a las cesantías el régimen opera según la Ley 91 de 1989, esto es, dispone que los docentes nacionalizados vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, conservan su régimen retroactivo; por el contrario, a partir del 1º de enero de 1990, para los docentes del orden nacional y demás vinculados a partir de esa fecha, las cesantías se liquidan anualmente sin retroactividad, pagando el Fondo un interés anual sobre el saldo de las mismas existente a 31 de diciembre de cada año, equivalente a la tasa comercial promedio de captación del sistema financiero durante la misma anualidad.

El Juzgado considera que los criterios establecidos en las sentencias de las Altas Cortes traídos por la parte demandante, no pueden aplicarse en la forma como se pide en la demanda; primero, porque no existe un criterio unificado y vinculante que limite la posición que asume el Juzgado frente al caso en estudio y segundo, porque no se advierten los mismos elementos de temporalidad, situaciones fácticas, y procedimentales que se plantean en el presente litigio.

A lo anterior se agrega que no existe norma legal que imponga al Ministerio de Educación Nacional la obligación de efectuar una consignación propiamente dicha y a una cuenta individual, por el valor de las cesantías de los docentes, pues las normas que regulan el trámite de reconocimiento y pago de cesantías, señalan la determinación de un aporte en diversas oportunidades y a cargo de sujetos diferentes, para que el Fondo prestacional permanentemente cuente con los recursos necesarios para sufragar las prestaciones de todos sus afiliados de manera general, entre ellas las cesantías e intereses a las cesantías.

6. Recurso de apelación.

Inconforme con la decisión adoptada por la Juez *a quo*, actuando dentro del término legal, la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, alegando que ésta no se ajusta al ordenamiento jurídico aplicable, por las siguientes razones.

Citó la sentencia del Consejo de Estado del 3 de marzo de 2022, C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020) mediante la cual resaltó la importancia de la consignación concreta, real y efectiva de las cesantías de los docentes en el Fondo, sin importar si no existe una cuenta individual a nombre del docente, ya que asegura que, lo importante es la consignación para que la cesantía pueda ser un derecho efectivo, tal y como fue concebido.

Manifestó que en consonancia con el principio de favorabilidad se debe aplicar la sanción

por mora contenida en la Ley 50 de 1990 a los docentes.

Expresó sobre régimen especial de las cesantías docentes, que el juzgado explicó que, al ser los docentes trabajadores de régimen especial, no son sujetos de aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, situación que asegura ha sido revaluada por la SU-098 de 2018 de la Corte Constitucional; y que la jurisprudencia constitucional y de lo contencioso administrativo están direccionadas a la protección de los derechos prestacionales que durante mucho tiempo han sido vulnerados por parte de las entidades públicas a los que se encuentran adscritos, así mismo, que su condición de servidores públicos de la rama ejecutiva conlleva que sea viable el reconocimiento de las pretensiones de la demanda.

Afirmó respecto de los intereses a las cesantías, que el régimen especial del docente no es más favorable que el régimen general, pues a los educadores aun pagándoles sobre el acumulado a la tasa DTF, la cual está muy por debajo de la tasa del 12%, que se aplica a los demás trabajadores con régimen anualizado.

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

Señaló que la Nación (Ministerio de Educación Nacional) es responsable del reconocimiento de las cesantías en favor de los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones, pues es quien tiene la competencia legal para girar los recursos al fondo, es el patrono garante de los docentes de la educación pública para el pago de sus prestaciones.

Aclaró que hay diferencia entre reconocimiento y consignación, y en el asunto en concreto se solicita la sanción moratoria por la falta de consignación de las cesantías al fondo del trabajador el 15 de febrero de 2021, pero se habla de reconocimiento cuando el docente realiza un trámite de solicitud de cesantía parcial o definitiva y de los cuales los plazos están estipulado en la Ley 1071 de 2006, que modifica la Ley 244 de 1995, y este pago se hace directamente al trabajador, son 2 asuntos completamente diferentes.

Afirmó que a los docentes que tengan su régimen de cesantías anualizadas no solo les asiste el derecho a que sean consignadas oportunamente las cesantías en el Fondo el 15 de febrero de cada año, sino también, el pago oportuno de sus intereses máximo a 31 de enero de cada año.

Concluyó que la decisión de primera instancia debe ser revocada y en su lugar acceder a sus pretensiones, por cuanto las entidades encargadas de consignar los recursos de las cesantías de 2020, al Fondo han excedido los términos legales, y los órganos de cierre tienen una clara postura de la aplicación del contenido del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a favor de los docentes, la cual se encuentra vigente.

7. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes demandante y demandada guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Concepto del Ministerio Público.

El Ministerio Público no emitió concepto en este asunto.

II. Consideraciones de la Sala

De conformidad con lo planteado por la parte demandante en el recurso de apelación, el problema jurídico a resolver en esta instancia se contrae a lo siguiente:

¿Tiene derecho la parte demandante, en su condición de docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991?

Para despejar el problema planteado, la Sala abordará los siguientes aspectos: **i)** Marco normativo de las cesantías y los intereses a las cesantías de los docentes; **ii)** caso concreto.

1.- Marco normativo de las cesantías, los intereses a las cesantías e indemnizaciones en esta materia a favor de los docentes

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

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

1. CESANTÍAS:

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

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

La Ley 812 de 2003 por la cual se aprobó el Plan Nacional de Desarrollo 2003- 2006, en su artículo 81 estableció que el régimen prestacional de “Los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial, es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley”.

El Decreto 3752 de 2003¹, por el cual se reglamenta el artículo mencionado, establece que el régimen prestacional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales que se encuentren vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el magisterio en las disposiciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigencia.

La norma reglamentaria mencionada, dispuso en su artículo 1º que los docentes pertenecientes a las plantas de personal de los entes territoriales deben ser afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, a tal punto que, la falta de afiliación tiene como consecuencia para dichas entidades la responsabilidad sobre las prestaciones sociales de los educadores. Así mismo, estableció que el pago de aquellas prestaciones causadas con posterioridad a la afiliación, así como sus reajustes y sustituciones, corresponde al citado Fondo (artículo 2).

En relación con este proceso, la norma mencionada consagró:

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

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

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

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

Artículo 9º. *La sociedad fiduciaria administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con base en la información definida en el artículo 8º del presente decreto, proyectará para la siguiente vigencia fiscal el monto correspondiente a los aportes previstos en el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 y en el numeral 4 del artículo 8º de la Ley 91 de 1989. Esta proyección será reportada a los entes territoriales a más tardar el 15 de abril de cada año. El cálculo del valor de nómina proyectado, con el cual se establecen los aportes de ley, se obtendrá de acuerdo con el ingreso base de cotización de los docentes y según el grado en el escalafón en el*

¹ Por el cual se reglamentan los artículos 81 parcial de la Ley 812 de 2003, 18 parcial de la Ley 715 de 2001 y la Ley 91 de 1989 en relación con el proceso de afiliación de los docentes al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y se dictan otras disposiciones

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

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

De acuerdo con lo anterior, no existe una “consignación de cesantías en una cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía” como lo señala el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, si no un giro de recursos por parte del Ministerio de Hacienda al Fondo, dirigidos a una caja común destinada a atender el pago de las prestaciones de los docentes. Al respecto, la Ley 1955 de 2019, estableció:

“Artículo 57. Las cesantías definitivas y parciales de los docentes de que trata la Ley 91 de 1989 serán reconocidas y liquidadas por la Secretaría de Educación de la entidad territorial y pagadas por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

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

Se tiene igualmente que el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio profirió el Acuerdo N°39 de 1998 “Por el cual se establece el procedimiento para el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en el cual establece lo siguiente:

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

Lo expuesto permite inferir que los docentes cuentan con un régimen normativo propio tratándose del reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, contenido en las Leyes 91 de 1989 y 812 de 2003, el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo nro. 039 de 1998; disposiciones que establecen unos plazos para el reporte de información a la sociedad fiduciaria administradora del Fondo, así como el giro de recursos para la atención de las prestaciones sociales de los educadores.

En ese marco, las disposiciones citadas establecen la transferencia de recursos a una caja común, y no la consignación de las cesantías en cuentas individuales para cada docente, como sí ocurre en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 con los demás empleados.

Respecto de la sanción moratoria por consignación extemporánea de cesantías, el artículo 99 de la Ley 50 introdujo una penalidad por la consignación inoportuna de estas en el régimen anualizado de la siguiente manera:

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

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

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

*3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, **en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla***

el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo (...) /Resaltado fuera del texto original/.

Por su parte, la Ley 244 de 1995² 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 2006³, que extendió la sanción a los casos de mora en el reconocimiento y pago de las cesantías parciales.

En algunos pronunciamientos, el Consejo de Estado⁴ consideró que los docentes no están amparados por las disposiciones de liquidación anual de las cesantías consagradas en la Ley 50 de 1990, toda vez que la aplicación de tales previsiones con destino a los empleados territoriales surgió de la Ley 344 de 1996, en cuyo artículo 13 dispuso la aplicación de las normas vigentes en materia de cesantías *“sin perjuicio de lo estipulado en la Ley 91 de 1989”*, lo que traduce la exclusión del personal docente. Esta postura fue respaldada por la Corte Constitucional en sentencia C-928 de 2006⁵, en la cual señaló que la inaplicabilidad de dichas normas a los educadores no representa una violación del derecho a la igualdad, en tanto se trata de regímenes diferentes.

En la sentencia SU-098 de 2018, la Corte Constitucional consideró que en virtud del principio de favorabilidad en materia laboral, procedía el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el ordinal 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a un docente, postura replicada por el máximo órgano de lo contencioso administrativo en fallos del 20 de enero⁶, 3 de marzo⁷ y 19 de mayo de 2022⁸, sin embargo, precisa esta Sala, se trata de casos de docentes que no estaban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio cuando se causó el derecho a las cesantías, por lo que no emergen como precedentes aplicables en este asunto, ya que en este caso el docente sí está afiliado al Fondo.

Así, es claro que el Consejo de Estado ha considerado viable acoger el criterio de favorabilidad aplicado en sede constitucional, para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de sanción moratoria por la consignación tardía de las cesantías anuales, al amparo de lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, únicamente frente **a los docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las cesantías.**

De allí que se concluya que, frente a los docentes afiliados al Fomag, las cesantías y los intereses sobre las mismas, tienen un régimen legal propio contenido en la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentado por el Decreto 3752 de 2003 que regula específicamente aspectos como, la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fomag y el **reporte de información de las entidades territoriales** para el pago de prestaciones sociales.

² “Por la cual se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones”.

³ “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”.

⁴ 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)

⁵ Corte Constitucional, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶ 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).

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. William Hernández Gómez, Radicado 08001233300020150007501 (2660-2020)

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas. 19 de mayo de 2022 Radicación: 08001-23-33-000-2015-90019-01 (2392-2020)

Además, la sanción mora regulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sólo es aplicable a los docentes afiliados al Fomag, cuando: i) haya omisión de afiliación por parte del ente territorial o ii) mora por parte de este en el traslado de los recursos que en su momento tuvo que girar al citado fondo como pasivo de cesantías.

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal concluye que las sentencias citadas por la parte apelante no guardan identidad fáctica con el presente asunto, pues en general tratan sobre la sanción por no consignación de las cesantías respecto de docentes que no estaban afiliados al Fomag cuando se generaron las mismas.

Al respecto, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de enero de 2019⁹, precisó:

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

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

*63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989¹⁰”.*

Y en reciente oportunidad, el Consejo de Estado emitió sentencia de unificación sobre el tema sub examine, fijando la siguiente regla¹¹:

Los docentes estatales afiliados al FOMAG no tienen derecho a la sanción moratoria prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, comoquiera que es incompatible con el sistema de administración de cesantías regulado por la Ley 91 de 1989. Sin embargo, al personal docente en servicio activo que no esté afiliado al FOMAG le será aplicable la Ley 50 de 1990 y, por

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicado 76001-23-31-000-2009-00867-01(4854-14)

¹⁰ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de Unificación SUJ-032-CE-S2-2023. Bogotá, D. C., once (11) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

ende, la sanción moratoria del artículo 99, como un mínimo de protección social en favor del docente estatal.

En la referida sentencia se dijo, en torno a los efectos de la misma, lo siguiente:

“... la regla jurisprudencial que en esta providencia se fija se aplicará a todos los casos pendientes de solución tanto en vía administrativa como judicial, a través de acciones ordinarias, en los términos de los artículos 10 y 102 del CPACA, con la salvedad de aquellos en los que haya operado la cosa juzgada, los cuales, en función del principio de seguridad jurídica, son inmodificables.”

2. Caso concreto.

De conformidad con el acervo probatorio allegado al proceso, se encuentra acreditado lo siguiente¹²:

- A favor de la parte actora se liquidaron cesantías en el año 2020, por la suma de \$4.445.102; e intereses a las cesantías por valor de \$453.479, los cuales le fueron consignados el 31/03/2021.

- La parte actora solicitó al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la secretaría de Educación territorial el reconocimiento y pago de la sanción por mora, por inoportuna consignación de las cesantías y el pago tardío de los intereses de 2020.

- Mediante Oficio NOM-400 del 22 de septiembre de 2021, emitido por la Profesional Universitaria de Nómina del Departamento de Caldas es negado lo solicitado por la demandante. Para el efecto, se adjuntó oficio enviado por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Ahora bien, se afirma en la demanda que la parte actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, artículo 99, en el respectivo Fondo Prestacional; así como la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto Nacional 1176 de 1991, equivalente al valor cancelado de los intereses causados durante el 2020, por cuanto fueron pagados superado el término legal, esto es, después del 31 de enero de 2021.

De las pruebas recaudadas, se desprende que la parte demandante es docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, de acuerdo con el marco jurídico previamente expuesto, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998, que regulan en forma expresa y precisa la forma y plazo para la transferencia de recursos al Fondo y el reporte de información de las entidades territoriales para el pago de las cesantías y los intereses sobre ellas.

Por lo tanto, no son aplicables el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, referente a la sanción por no consignar las cesantías al Fondo, ni la Ley 52 de 1975, atinente a la indemnización por mora en el pago de los intereses a las cesantías, por ser incompatibles.

Adicionalmente, se tiene que tampoco es pertinente aplicar por favorabilidad dichas normas, pues ello implicaría que el docente afiliado al Fondo eventualmente reciba dos tipos de sanción por mora que tienen la misma finalidad – pago oportuno de las cesantías-, de manera simultánea; por un lado, la contenida en la Ley 1071 de 2006, referente a la mora por el no pago oportuno de las cesantías; y por otro, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación oportuna de las cesantías al Fondo.

¹² Anexos de la demanda. Archivo 01. Carpeta digital.

En cuanto a los interés a las cesantías, el artículo 15 de la Ley 91 de 1989 señala expresamente la manera cómo se liquidan estos al personal docente, señalando que *“pagará un interés anual sobre saldo de estas cesantías existentes al 31 de diciembre de cada año, liquidadas anualmente y sin retroactividad, equivalente a la suma que resulte aplicar la tasa de interés, que de acuerdo con certificación de la Superintendencia Bancaria, haya sido la comercial promedio de captación del sistema financiero durante el mismo período”*. Mientras que, el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, dispuso que *“El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.”*

Lo analizado permite inferir a este Tribunal que los docentes afiliados al Fondo, a diferencia de los trabajadores beneficiarios de la Ley 50 de 1990, tienen la posibilidad de que la liquidación de los intereses de las cesantías se realice respecto del saldo acumulado de cesantías, lo cual es más favorable, a que se realice por el de cada año individualmente considerado; además, la tasa de interés aplicable será la certificada por la Superintendencia Financiera, de acuerdo a la comercial promedio de captación del sistema financiero, esto es, de acuerdo a las fluctuaciones de la economía, que en algunos periodos puede ser más favorable y no atada siempre al 12%.

Conclusión

La parte demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la sanción por mora por la no consignación oportuna de las cesantías establecida en la Ley 50 de 1990, ni a la indemnización por el pago tardío de los intereses a las cesantías, establecida en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975, la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1176 de 1991, por cuanto es docente afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que, el reconocimiento, liquidación y pago de las cesantías y sus intereses de 2020 se rige por la Ley 91 de 1989, modificada parcialmente por la Ley 812 de 2003, reglamentada por el Decreto 3752 de 2003 y el Acuerdo 039 de 1998.

De conformidad con lo expuesto en esta providencia, esta Corporación estima que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales debe ser confirmada.

3.- Costas

El artículo 188 del CPACA dispone que:

“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal.”

El artículo 365, numeral 1 del C.G.P., aplicable por remisión del citado artículo 188 del CPACA, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

En relación con la condena en costas, el Consejo de Estado¹³ ha desarrollado una línea jurisprudencial que introduce un criterio objetivo valorativo al momento de su imposición, esto es, hay lugar a las mismas siempre que se hayan causado y en la medida de su comprobación conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 365 del CGP.

¹³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, 12 de abril de 2018, radicación No.05-001-23-33-000-2012-00439-02(0178-2017), C.P: William Hernández Gómez.

En esta instancia, sin embargo, no se impondrá condena en costas pues no se observa gestión útil efectuada por la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión del TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

III. Falla

Primero. Se confirma la sentencia del 19 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que negó las pretensiones de la parte demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el señor Fernando Pacheco Castrillón contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

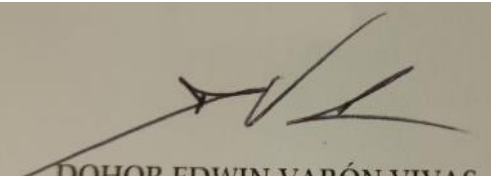
Tercero. Notifíquese conforme lo dispone el artículo 203 del CPACA.

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

Notifíquese y cúmplase



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Manizales, once (11) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

A.I. 351

Radicación	17001-33-39-009-2022-00207-02
Clase	Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Accionante	Dirección Territorial de Salud de Caldas
Accionado	Colpensiones, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento de Caldas, Hospital San Simón de Victoria y Ana Elsa Giraldo Cedeño

I. Asunto

Procede la Sala Segunda de Decisión a resolver el **recurso de apelación** interpuesto por la parte demandada, Colpensiones, contra el auto del 31 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se decretó una medida cautelar de suspensión provisional.

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

II. Antecedentes

La Dirección Territorial de Salud de Caldas impetró demanda a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la Resolución No. SUB 24580 del 3 de febrero de 2021 expedida por Colpensiones, por medio de la cual se le reliquidó la pensión de vejez a la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño, endilgando a la Dirección Territorial de Salud de Caldas responsabilidad en el pago de la prestación de la beneficiaria.

En escrito aparte solicitó suspensión provisional del acto demandado, argumentando la falta de legitimación del Patrimonio Autónomo - que por delegación custodia la Dirección Territorial de Salud de Caldas - para el reconocimiento de la cuota parte pensional, pues según dice, la distribución de cuota parte pensional realizada por Colpensiones vulnera de manera flagrante los presupuestos contenidos en el Contrato de Concurrencia 083 de 2001, suscrito entre el Ministerio de Salud, Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, Departamento de Caldas, Municipio de Manizales y el Hospital Rafael Henao Toro, donde se fijó la participación de estos entes para la financiación de la deuda de los funcionarios reconocidos como BENEFICIARIOS del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, mediante la Resolución 02937 del 20 de noviembre del 2000; cubriendo de esta manera los saldos causados por éstos entre el 01 de septiembre de 1979 a 31 de diciembre de 1993, por concepto de RESERVA PENSIONAL DE ACTIVOS (BONOS Y TÍTULOS PENSIONALES) Y RESERVA PENSIONAL DE JUBILADOS (PENSIONES) Y CESANTÍAS.

Mediante el Decreto 00023 del 14 de febrero del 2002 el Departamento de Caldas, delegó

en la DTSC la ordenación y realización del proceso de licitación No. 001- 2002 para la selección del contratista que administraría los recursos del Contrato de Concurrencia; contrato que le fuere adjudicado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Colfondos. Lo anterior, explica el porqué es esta DTSC la entidad guardiana de los recursos que componen el Patrimonio Autónomo constituido a través del Contrato de Concurrencia 083 de 2001, situación que indica que la destinación que se le brinde a los mencionados recursos sea exclusivamente la estipulada en el mencionado contrato, no pudiéndose disponer partidas presupuestales para otros fines, pues ello acarrearía la comisión de un delito.

Dice que, analizados los documentos, mismos que soportan la expedición de la Resolución SUB 24580 del 3 de febrero de 2021 y las certificaciones laborales, se puede indicar sin dubitación que vulneran las estipulaciones contempladas en el Contrato de Concurrencia 083/2001, dado que, como se observó en precedencia, dicho contrato cuenta con una destinación específica, lo que indica que sólo aquellos que estén pensionados a 31 de diciembre de 1993 tendrán derecho a las partidas que el Patrimonio Autónomo tenga dispuestas dentro de las *Reservas de Jubilados*; y que sólo quienes estén laborando al 31 de diciembre de 1993 tendrán derecho a las partidas que el Patrimonio Autónomo tiene dispuestas dentro de las *Reservas Pensionales de Activos*, motivo por el cual, si una persona ingresó a laborar al sector salud del departamento de Caldas y no se pensionó antes del 31 de diciembre de 1993 o su vinculación no estaba vigente con corte a esa misma data su pasivo causado no estará cubierto mediante el citado contrato 083 de 2001; circunstancia que a su juicio, acontece en el presente caso, ello por cuanto la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño no figura dentro del listado de beneficiarios del extinto fondo del pasivo prestacional del sector salud contenido en la Resolución No. 02937 del 20 de noviembre del 2000, emanada en el Ministerio de Salud, motivo por el cual su pasivo no quedó financiado dentro del Convenio de Concurrencia 083/2001 (Patrimonio Autónomo).

Considera que las entidades que deben responder por el pasivo causado de la señora Montoya Giraldo, son la Nación en cabeza del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el departamento de Caldas a través de una figura diferente al Patrimonio Autónomo (Contrato de Concurrencia 083 de 2001), teniendo en cuenta que los recursos del Contrato en mención cuentan con una destinación específica, no pudiéndose disponer partidas presupuestales para otros fines

Alega además la vulneración del debido proceso administrativo en la formación del acto demandado al no haberse notificado a la Dirección Territorial de Salud de Caldas el contenido de la certificación laboral, no siendo comprensible como Colpensiones atribuye la cuota parte a la demandante cuando no es su responsabilidad cubrirla.

Auto apelado.

Mediante auto interlocutorio No. 054 del 31 de enero de 2023, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales decretó la medida de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos administrativos contenidos en la Resolución N°. SUB 24580 del 3 de febrero de 2021 y de la Resolución N°. SUB 159515 del 13 de junio de 2022, en lo que tiene que ver con la asignación de una cuota parte del 3.67% a cargo del patrimonio autónomo que custodia la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

Como fundamento de lo anterior se expuso que, mediante la Resolución N°. SUB 24580 del 3 de febrero de 2021 (fls. 48-61, archivo 05, expediente electrónico) y la Resolución N°. SUB 159515 del 13 de junio de 2022 (fls. 40-55, archivo 11, expediente electrónico), Colpensiones imputó una cuota del 3.67% al Patrimonio Autónomo custodiado por la Dirección Territorial de Salud de Caldas para contribuir a la financiación de la pensión concedida a la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño.

La mencionada cuota parte fue sustentada en la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados N°. 202006890802628000210004 del 16 de junio de 2020, expedida por la E.S.E. Hospital San Simón de Victoria, en la que consta que, la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño laboró al servicio de dicha entidad, entre el 14 de febrero de 1982 y el 13 de febrero de 1983 (fls. 73-75, archivo 08, expediente electrónico). Adicionalmente, la misma entidad emitió el

CETIL N°. 202011890802628000850003 del 24 de noviembre de 2020, en el que modifica el periodo de tiempo trabajado por la pensionada, esto es, entre el 14 de febrero de 1982 y el 2 de marzo de 1983 (fls. 77-79, archivo 08, expediente electrónico). Ambos documentos indican que es el Patrimonio Autónomo de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, la entidad responsable por solventar dicho lapso de tiempo.

Aduce que, según la Ley 60 de 1993 precitada, corresponde a las entidades territoriales y a la Nación financiar el pasivo pensional del sector salud causado antes del 31 de diciembre de 1993. De ahí, que se suscribiera el contrato interadministrativo de concurrencia N°. 083 de 2001, entre el Ministerio de Salud – Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, Departamento de Caldas y Municipio de Manizales del que se resalta lo siguiente:

[...]

CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: [...]

PARAGRAFO (sic).- Las sumas que por estos conceptos se giren a los Fondos de Cesantías o entidades de previsión social, no podrán destinarse a fines distintos del pago de las prestaciones de las personas reconocidas como Beneficiarias del Fondo del Pasivo, relacionados en las certificaciones del 11 de junio, 9 de noviembre y 6 de diciembre de 1999 expedidas por la antigua Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial. [...]

2.- El DEPARTAMENTO: [...] C) Constituir un encargo fiduciario, o Patrimonio autónomo que administre los recursos que giren por concepto de Reserva Pensional de Activos y Reserva Pensional de Jubilados la Nación y el Departamento de Caldas, al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Caldas. [...] PARAGRAFO (sic) SEGUNDO.- Los giros correspondientes a la Reserva Pensional de Jubilados, correspondiente a las Instituciones Públicas, se efectuarán al encargo fiduciario o Patrimonio Autónomo que suscriba el Departamento para administrar los recursos del Fondo Territorial de Pensiones que sustituya a las instituciones en el pago de las pensiones de los beneficiarios reconocidos como tales por el Fondo del Pasivo Prestacional [...]».

Indica que, el Ministerio de Salud, por medio de la Resolución N°. 02937 del 20 de noviembre de 2000, reconoció la calidad de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, para el pago de la deuda prestacional causada o acumulada al 31 de diciembre de 1993, de las 27 instituciones de salud del Departamento de Caldas (fls. 114-117, archivo 08, expediente electrónico). Este documento está sustentado en el Certificado de Calidad de Beneficiarios del 11 de junio de 1999 de la Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial del Ministerio de Salud, en el cual se reconoció el carácter de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional a los servidores de cada entidad hospitalaria en el Departamento de Caldas (fls. 118-189, archivo 08, expediente electrónico). Se precisa que la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño no se encuentra incluida en el listado del Hospital San Simón de Victoria.

Con fundamento en el contrato de concurrencia precitado, la Dirección Territorial de Salud, por delegación que le fue hecha por el Gobernador de Caldas, celebró el contrato para la administración y pago de los recursos que se rigen por concepto de reserva pensional de activos y reserva pensional de jubilados de la Nación y el Departamento de Caldas, del 9 de julio de 2002, (fls. 204-221, archivo 08, expediente electrónico). El clausulado de dicho contrato es claro en establecer que sólo se pagarán las obligaciones pensionales que se determinaron conforme el pluricitado pacto de concurrencia y a los beneficiarios que fueron listados en la certificación del 11 de junio de 1999.

En este contexto, el Juzgado estimó que la parte demandante tiene razón al esgrimir que los recursos necesarios para financiar la pensión reconocida a la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño, en lo que concierne al periodo de tiempo laborado en el Hospital San Simón de Victoria, no pueden ser solventados por los dineros destinados al contrato de concurrencia N°. 083 de 2001, pues ha quedado suficientemente evidenciado que, las sumas dirigidas al pago de los compromisos allí convenidos no pueden sufragar otros deberes, en tanto la pensionada no fue incluida en los mismos.

Recurso de apelación.

- Colpensiones.

Reiteró que la parte demandante no sustentó en debida forma la solicitud de medida cautelar, mucho menos indicó cual sería el perjuicio ocasionado sino se decretaba dicha medida, situación que no tuvo ningún valor probatorio por parte de la judicatura para desatar dicha medida, incumpliendo así lo estipulado en el artículo 229 del C.P.A.C.A.

Manifiesta que el proveído impugnado no tuvo en cuenta que con la creación de la Dirección Seccional de Salud de Caldas, la cual fue transformada por la Dirección Territorial de Salud de Caldas, se le dio facultades para que asumiera todos los pasivos comprometidos con el convenio de concurrencia firmado por la Gobernación de Caldas y los entes territoriales para todos los trabajadores de los Hospitales de Caldas, siendo la Dirección Territorial de Salud de Caldas la llamada a custodiar esos recursos.

- E.S.E. Hospital San Simón de Victoria – Caldas.

Aduce que “existe desconocimiento directo de la ley 1438 de 2011 en su Artículo 78, norma posterior al Contrato de Concurrencia 083 de dos mil uno (2001), donde sin duda le da la obligación para que sean las Entidades Territoriales quienes asuman los pasivos pensionales, y en ese sentido la Dirección Territorial de Salud de Caldas, es una Entidad adscrita al ente territorial gubernamental, en el caso que nos atañe a la Gobernación del Departamento de Caldas, y son ellos quienes deben responder por los pasivos pensionales de los hospitales conforme a la mencionada Ley.”

II. Consideraciones de la Sala

En el sub júdice se reclama la suspensión provisional de la Resolución N°. SUB 24580 del 3 de febrero de 2021 y de la Resolución N°. SUB 159515 del 13 de junio de 2022, en lo que tiene que ver con la asignación de una cuota parte del 3.67% a cargo del patrimonio autónomo que custodia la Dirección Territorial de Salud de Caldas.

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

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

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

3. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

El artículo 231 Ibidem, dispone:

Artículo 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. *Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional*

¹En adelante C.P.A.C.A.

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

/Resalta el Despacho/

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

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

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

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

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

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

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

“El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), (sic) establecía que esta medida estaba sujeta a que la contradicción con las disposiciones invocadas como fundamento de la solicitud de suspensión fuera manifiesta y apreciada por confrontación directa con el acto demandado, de esa

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

manera, se impedía que el Juez pudiera realizar un estudio profundo del caso, pues la trasgresión debía ser ostensible y como tal, no podía implicar esfuerzo analítico alguno.

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

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

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

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

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

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

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

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

♦ Caso Concreto.

La medida provisional está dirigida a obtener la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos mediante los cuales se atribuyó una cuota parte pensional al

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

Patrimonio Autónomo que custodia la DTSC; esta entidad considera que la obligación que le fue impuesta a través de dicho acto es abiertamente contraria a la normativa legal invocada para el efecto.

Ahora bien, de las normas citadas por la parte demandante, entre las cuales se encuentra el artículo 33 numerales 1, 2 y 3 de la Ley 60 de 1993⁴, se desprende lo siguiente:

ARTÍCULO 33.- Fondo Prestacional del Sector Salud. Reglamentado parcialmente por el Decreto 2313 de 1995 – Reglamentado por el Decreto 530 de 1994. Créase el Fondo Nacional para el pago del pasivo prestacional de los servidores del sector salud, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia contable y estadística, con las siguientes características:

1.- El Fondo Prestacional garantizará el pago del pasivo prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas hasta el fin de la vigencia presupuestal de 1993, de los servidores pertenecientes a las entidades o dependencias de que trata el numeral 2 del presente artículo, que se encuentren en los siguientes casos:

a) No afiliados a ninguna entidad de previsión y seguridad social, cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones.

b) Afiliados a entidades de previsión y seguridad social pero cuyos aportes no hayan sido cancelados o hayan sido cancelados parcialmente, excepto cuando la interrupción de los pagos respectivos se haya producido con posterioridad a la vigencia de esta Ley, o cuando las reservas se hayan destinado a otro fin.

c) Afiliados o pensionados de las entidades de previsión y seguridad social cuyas pensiones sean compartidas con las instituciones de salud, correspondiendo al Fondo el pago de la diferencia que se encuentre a cargo de la entidad de salud cuya reserva para cesantías o pensiones de jubilación no se haya constituido total o parcialmente, excepto cuando las reservas constituidas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se destinen a fin distinto al pago de cesantías y pensiones.

2.- Son beneficiarios del Fondo y tienen derecho a exigir el pago de la deuda de sus pasivos prestacionales, los servidores mencionados en el numeral 1 del presente artículo que pertenezcan a las siguientes entidades o dependencias del sector salud:

a) A las instituciones o dependencias de salud que pertenezcan al subsector oficial del sector salud;

b) A entidades del subsector privado del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, y aquellas privadas que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

c) A las entidades de naturaleza jurídica indefinida del sector salud cuando se trate de instituciones que hayan estado sostenidas y administradas por el Estado, o que se liquiden y cuyos bienes se destinen a una entidad pública.

3.- La responsabilidad financiera para el pago del pasivo prestacional de los servidores de las entidades o dependencias identificadas en el numeral 2, reconocidas en los términos de la presente Ley, se establecerá mediante un reglamento expedido por el Gobierno Nacional que defina la forma en que

⁴“Por la cual se dictan normas orgánicas sobre la distribución de competencias de conformidad con los artículos 151 y 288 de la Constitución Política y se distribuyen recursos según los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”

deberán concurrir la Nación y las entidades territoriales, para cuyo efecto se tendrá en cuenta la proporción en que han concurrido los diversos niveles administrativos a la financiación de las entidades y dependencias del sector salud de que trata el presente artículo, la condición financiera de los distintos niveles territoriales y la naturaleza jurídica de las entidades. /rft/
[...]

Aunque el fondo creado a través de la Ley 60 de 1993 fue suprimido por el artículo 61 de la Ley 715 de 2001, lo cierto es que en dicha norma se mantiene el principio de concurrencia y así emerge de su artículo 62:

Artículo 62. Convenios de Concurrencia. Para efectos de los convenios de concurrencia, los cuales deberán ser suscritos a partir de la vigencia de la presente ley por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se continuarán aplicando los procedimientos del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, la forma en que concurren las diferentes entidades para cubrir el pasivo prestacional, la forma de cálculo del mismo, su actualización financiera y actuarial, las obligaciones de los convenios de concurrencia y los requisitos que deben acreditarse.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público podrá establecer, en concertación con el ente territorial, las condiciones para celebrar los convenios de concurrencia y el desarrollo de los mismos y de los que se encuentren en ejecución, para lo cual podrá verificar el contenido de los convenios suscritos y ordenará el ajuste a las normas sobre el particular.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá revisar y actualizar en forma periódica el valor de la deuda prestacional, definiendo la responsabilidad de cada uno de los entes que suscribe el convenio de concurrencia.

Parágrafo. Para efectos de lo ordenado en el presente artículo, el Gobierno Nacional definirá la información, condiciones y términos que considere necesarios.

El Decreto 700 de 2013⁵ artículo 1° itera que “La financiación del pasivo causado hasta el 31 de diciembre de 1993 por concepto de cesantías y pensiones de los trabajadores del sector salud que hubieren sido reconocidos como beneficiarios del extinto Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, es responsabilidad de la Nación y de las entidades territoriales.”

Así mismo, en su artículo 2°, dispone:

Artículo 2°. Determinación de las concurrencias. Para determinar la responsabilidad que asumirán la Nación y las entidades territoriales para el pago de la concurrencia frente al pasivo prestacional de las instituciones de salud beneficiarias, se procederá así:

a) La Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, asumirá el pago de la concurrencia, en una suma equivalente a la proporción de la participación del situado fiscal en la financiación de las instituciones de salud, en los cinco (5) años anteriores al 1° de enero de 1994.

b) Los Departamentos, los Municipios y los Distritos en donde esté localizada la institución de salud, deberán concurrir en una proporción equivalente al porcentaje en que participan las rentas de destinación especial para salud incluyendo las cedidas, en la financiación de las instituciones de salud en los cinco años anteriores al 1° de enero de 1994.

⁵Por el cual se reglamentan los artículos **61**, **62** y **63** de la Ley 715 de 2001.

c) El porcentaje restante, esto es, el derivado de los recursos propios de cada entidad hospitalaria, será asumido por la Nación y las entidades territoriales, a prorrata de la participación de cada entidad en la concurrencia.

De las normas transcritas emerge con claridad, que son las entidades territoriales y la Nación las responsables de financiar el pasivo pensional del sector salud causado antes del 31 de diciembre de 1993. Asimismo, a partir de la expedición de la Ley 715 de 2001, dicha obligación se asume mediante la suscripción de contratos de concurrencia celebrados por los departamentos y municipios, según el caso, y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En virtud de lo anterior, ciertamente, fue suscrito el contrato interadministrativo de concurrencia N°. 083 de 2001, entre el Ministerio de Salud – Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, departamento de Caldas y municipio de Manizales del que se resalta lo siguiente:

«[...] 1) Que el artículo 33 de la Ley 60 de 1993 creó el Fondo Nacional para el pago del pasivo Prestacional de los servidores del Sector Salud, con el objeto de garantizar el pago de la deuda prestacional por concepto de cesantías, reservas para pensiones y pensiones de jubilación, causadas o acumuladas hasta 31 de diciembre de 1993, siempre y cuando reúnan los requisitos para ser beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional, de conformidad con el artículo 8 del Decreto 530 de 1994. 2) Que la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Dirección General de Financiamiento y Gestión de Recursos del Ministerio de Salud, de conformidad con los artículos 10 numeral 4° y 17 del Decreto 530 de 1994, mediante oficio radicados bajo No. 16457 del 2 de mayo de 2000 y sin número del 10 de agosto de 2000, respectivamente, avalaron el monto de la Deuda Prestacional de veintisiete (27) Instituciones de Salud del Departamento de Caldas con los porcentajes y valores de concurrencia expresados en miles de pesos, a precios constantes de 1993 y 1999. [...] 4) Que por Resolución No. 2937 del 20 de noviembre de 2000, el Ministerio de Salud reconoció el carácter de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional a los funcionarios y exfuncionarios de la Dirección Seccional de Salud de Caldas y de veintisiete (27) instituciones de Salud de la Dirección Seccional de Salud de Caldas en sede en Manizales y los Hospitales [...] San Simón Victoria [...] son Entidades de derecho público [...] que reúnen los requisitos consagrados en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, en concordancia con el literal a) del artículo 8º. del Decreto 530 de 1994, para acceder a los recursos del Fondo del Pasivo Prestacional, así mismo fijó el monto de la deuda prestacional y estableció la concurrencia para su pago por parte del Ministerio de Salud, el Departamento de Caldas, el Municipio de Manizales y el Hospital Rafael Henao Toro. [...] CLAUSULA (sic) PRIMERA: OBJETO: En Resolución No. 2937 del 20 de noviembre de 2000, emanada del Ministerio, para el pago de la deuda prestacional correspondiente a los funcionarios y exfuncionarios de la Dirección Seccional de Salud de Caldas con sede en Manizales y los Hospitales [...] San Simón de Victoria [...] los cuales son Entidades de derecho público [...] que reúnen los requisitos consagrados en el artículo 33 de la Ley 60 de 1993, en concordancia con el literal a) del artículo 8º. del Decreto 530 de 1994, para acceder a los recursos del Fondo de Pasivo Prestacional reconocidos como beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional. [...]» CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: [...] PARAGRAFO (sic).- Las sumas que por estos conceptos se giren a los Fondos de Cesantías o entidades de previsión social, no podrán destinarse a fines distintos del pago de las prestaciones de las personas reconocidas como Beneficiarias del Fondo del Pasivo, relacionados en las certificaciones del 11 de junio, 9 de noviembre y 6 de diciembre de 1999 expedidas por la antigua Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial. CLÁUSULA SEXTA – VIGENCIA.- La vigencia del presente contrato será a partir de la fecha de su perfeccionamiento, hasta el 30 de Diciembre del año 2009. [...] CLÁUSULA SEPTIMA (sic).- OBLIGACIONES DE LAS PARTES

CONTRATANTES: [...]2.- El DEPARTAMENTO: [...] C) Constituir un encargo fiduciario, o Patrimonio autónomo que administre los recursos que giren por concepto de Reserva Pensional de Activos y Reserva Pensional de Jubilados la Nación y el Departamento de Caldas, al Fondo Territorial de Pensiones del Departamento de Caldas. [...] PARAGRAFO (sic) SEGUNDO.- Los giros correspondientes a la Reserva Pensional de Jubilados, correspondiente a las Instituciones Públicas, se efectuarán al encargo fiduciario o Patrimonio Autónomo que suscriba el Departamento para administrar los recursos del Fondo Territorial de Pensiones que sustituya a las instituciones en el pago de las pensiones de los beneficiarios reconocidos como tales por el Fondo del Pasivo Prestacional [...]» /rft/

Aduce el a quo que la Resolución No. 2937 del 20 de noviembre de 2000⁶ está sustentada en el Certificado de Calidad de Beneficiarios del 11 de junio de 1999 de la Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial del Ministerio de Salud, en el cual se reconoció el carácter de beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional a los servidores de cada entidad hospitalaria en el Departamento de Caldas.

Al respecto observa la Sala que, no es solamente la certificación del 11 de junio de 1999 la que da sustento a la mencionada resolución, pues para ser precisos, de esta última también se extrae que las certificaciones del 9 de noviembre y el 5 de diciembre de 1999 forman parte integral de la misma.

Nótese además que el contrato interadministrativo de concurrencia N°. 083 de 2001, ya reseñado, indica expresamente que *“Las sumas que por estos conceptos se giren a los Fondos de Cesantías o entidades de previsión social, no podrán destinarse a fines distintos del pago de las prestaciones de las personas reconocidas como Beneficiarias del Fondo del Pasivo, relacionados en las certificaciones del 11 de junio, 9 de noviembre y 6 de diciembre de 1999 expedidas por la antigua Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial.”*

Posteriormente, la Dirección Territorial de Salud de Caldas, por delegación que le fuere hecha por el Gobernador del departamento de Caldas⁷ celebró con Colfondos S.A. el contrato No. 198 del 9 de julio de 2002, a fin de administrar y pagar, a través de un patrimonio autónomo, los recursos que se giren por concepto de reserva pensional de activos y reserva pensional de jubilados en virtud del convenio de concurrencia No. 083 de 2001.

Así las cosas, aunque en el certificado de calidad de beneficiarios de fecha del 11 de junio de 1999 no aparece relacionada la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño, resulta necesario establecer si lo propio ocurre en las certificaciones del 9 de noviembre y 6 de diciembre de 1999, expedidas por la antigua Dirección General de Descentralización y Desarrollo Territorial, pues las mismas, se itera, hacen parte integral de la Resolución No. 2937 del 20 de noviembre de 2000 y del contrato interadministrativo de concurrencia N°. 083 de 2001.

Para acceder a la medida de suspensión deprecada se requiere entonces contar con todos los elementos de juicio necesarios que permitan concluir, sin hesitación, que la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño no tiene la calidad de beneficiaria del Fondo del Pasivo Pensional y que por tanto, no corresponde al Patrimonio Autónomo administrado por la DTSC, asumir el pago de la cuota parte atribuida por Colpensiones.

Entre tanto, se tiene que Colpensiones expidió la Resolución N°. SUB 24580 del 3 de febrero de 2021 y la Resolución N°. SUB 159515 del 13 de junio de 2022, mediante las cuales se imputó una cuota del 3.67% al Patrimonio Autónomo custodiado por la Dirección Territorial de Salud de Caldas para contribuir a la financiación de la pensión concedida a la señora Ana

⁶ Por la cual se reconoce la calidad de Beneficiarios del Fondo del Pasivo Prestacional del Sector Salud, se determina el monto y se fija la concurrencia para el pago de la deuda prestacional causada o acumulada a 31 de diciembre de 1993, de 27 Instituciones de Salud del Departamento de Caldas.

⁷ Por medio del Decreto 00023 del 4 de febrero de 2002.

Elsa Giraldo Cedeño.

En efecto, la mencionada cuota parte fue sustentada en la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados N°. 202006890802628000210004 del 16 de junio de 2020, expedida por la E.S.E. Hospital San Simón de Victoria, en la que consta que, la señora Ana Elsa Giraldo Cedeño laboró al servicio de dicha entidad, entre el 14 de febrero de 1982 y el 13 de febrero de 1983. Adicionalmente, la misma entidad emitió el certificado CETIL N°. 202011890802628000850003 del 24 de noviembre de 2020, en el que modifica el periodo de tiempo trabajado por la pensionada, esto es, entre el 14 de febrero de 1982 y el 2 de marzo de 1983. En ambos documentos se indica que es el Patrimonio Autónomo de la Dirección Territorial de Salud de Caldas, la entidad responsable por asumir el pago de dicho lapso. Luego entonces, mientras dicho supuesto no sea desvirtuado en debida forma por la demandante, los actos administrativos enjuiciados permanecerán incólumes.

En conclusión, no se encuentra cumplido el presupuesto para la procedencia de la suspensión provisional de los actos acusados y por lo tanto, se revocará el auto del 31 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se decretó una medida cautelar de suspensión provisional.

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

III. Resuelve

Primero: Se revoca el auto del 31 de enero de 2023, proferido por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Manizales, mediante el cual se decretó una medida cautelar desuspensión provisional. En su lugar, se niega la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto administrativo enjuiciado.

Segundo: Se advierte que la decisión aquí adoptada no implica prejuzgamiento conforme lo consagra el artículo 229 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

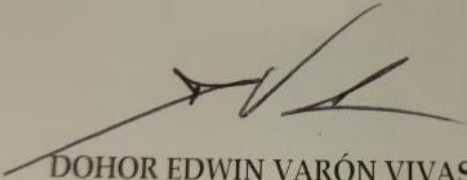
Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático “Justicia XXI”.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Fernando Alberto Álvarez Beltrán
Magistrado Ponente



DOHOR EDWIN VARÓN VIVAS
Magistrado



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado

17-001-33-33-004-2022-00271-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 247

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **NANCY ESTELA GARCÍA VALENCIA** 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 acto ficto generado ante la falta de respuesta a la petición presentada el 24 de agosto 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 ‘INPETITUD DE LA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES’, ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, ‘INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO’, ‘PRESCRIPCIÓN’, ‘CADUCIDAD’, ‘PROCEDENCIA DE CONDENA EN COSTAS CONTRA EL DEMANDANTE’ y la ‘GENÉRICA’.

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 4ª 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 oportunamente, 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.

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, insistiendo que la consignación del auxilio de cesantías y sus intereses se hizo por fuera de los plazos establecidos en la ley, anotando que dichos plazos solo vinieron a ser regulados en la Ley 50 de 1990, y que los recursos correspondientes a los aportes son descontados de los giros del Sistema General de Participaciones cada mes, de tal manera que al culminar el año, están listos los dineros para transferirlos al fondo, a cada una de las cuentas de los educadores. De esta forma, cuestiona que se afirma que existe un supuesto régimen especial para los profesores, pero que, en realidad, ha sido utilizado para atropellar sus derechos, porque la entidad empleadora no consigna los valores correspondientes a las cesantías y sus intereses dentro de los plazos legales.

Posteriormente, anota que existen más de 13 precedentes en la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa que han determinado la aplicabilidad de las sanciones deprecadas al ramo educativo, pues los docentes también son servidores públicos a quienes no se puede violar el derecho a la igualdad, más aún cuando la Ley 91 de 1989 no contempló regulación específica sobre estas sanciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

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

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

En caso afirmativo,

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

(I)

RÉGIMEN DE CESANTÍAS DE LOS DOCENTES

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

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

...
...
...

3. Cesantías:

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

o en caso contrario sobre el salario promedio del último año.

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

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

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

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

“Artículo 7°. Transferencia de recursos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Educación Nacional y a la sociedad fiduciaria que administre los recursos del Fondo.

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

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

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

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

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

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

...

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

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

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

Nacional de Prestaciones Sociales del
Magisterio”.

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

(II)

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

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

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

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

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

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

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

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

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.

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 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%.

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)

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

63. Como puede observarse, para el caso del trabajador destinatario de la Ley 50 de 1990, solo percibe un 12% anual sobre el valor de las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, mientras que, para el docente afiliado al fondo, recibe sus intereses de acuerdo con la tasa comercial promedio del sistema de captación financiera certificado por la Superintendencia Financiera (DTF), pero sobre el **saldo total** de cesantías que a 31 de diciembre del respectivo año tenga acumulado, de manera que, entre mayor sea el ahorro que el maestro tenga sobre

*dicho auxilio, mayores serán los réditos que perciba, es decir, que el fin teleológico de la norma, es que exista una reciprocidad financiera, esto es, desincentivar las liquidaciones o retiros parciales para de esa manera, producir acumulación del ahorro, permitiendo al fondo mantener los recursos destinados al pago de las prestaciones sociales de sus afiliados y como contraprestación, reconocerle los intereses sobre la **totalidad del saldo**, logrando generar de esa manera un equilibrio entre los intereses del gobierno nacional y el de los educadores, tal como fue concertado entre el magisterio, gobierno y congreso en el proyecto de ley No 159 de 1989⁸.*

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

CASO CONCRETO

Como se anotó, la parte actora impetra el reconocimiento y pago de la sanción moratoria establecida en la Ley 50 de 1990, toda vez que el auxilio de cesantías de 2020 no fue consignado en el respectivo fondo prestacional de forma

⁸ Ver anales del congreso No 164 de 1989.

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 16 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 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual negó las pretensiones formuladas por la señora **NANCY ESTELA GARCÍA VALENCIA** 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. 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° 060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

Magistrado Ponente: Augusto Ramón Chávez Marín

A.S.: 085

Asunto:	Inadmite demanda
Medio de control:	Nulidad Electoral
Radicación:	17001-23-33-000-2023-00256-00
Demandante:	Héctor José Henao Hernández
Demandada:	Gloria Elena Restrepo Vásquez

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

El 12 de diciembre de 2023¹, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)², el señor Héctor José Henao Hernández, actuando en nombre propio, instauró demanda con ocasión de la elección de la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez como concejal del Municipio de Palestina.

Adujo que la concejal electa incurrió en doble militancia, como quiera que aquella apoyó a candidatos distintos a los señalados en los acuerdos de coalición suscritos por el partido al cual se encontraba afiliada.

El conocimiento del asunto correspondió por reparto a este Magistrado del Tribunal Administrativo de Caldas³, a cuyo Despacho fue allegado el expediente en la misma fecha⁴.

Analizado el expediente, advierte el Despacho la ausencia de requisitos formales, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 276 del CPACA, **SE INADMITE** la demanda de la referencia y se le **CONCEDE** a la parte accionante un término de tres (3) días contados a partir de la notificación de esta providencia, para que la corrija en los aspectos que a continuación se indican, so pena de rechazo:

¹ Archivo nº 001 del expediente digital.

² En adelante, CPACA.

³ Archivo nº 001 del expediente digital.

⁴ Archivo nº 003 del expediente digital.

1. Atendiendo lo previsto por el artículo 163 del CPACA, deberá individualizar debidamente el acto electoral objeto de demanda en este proceso. Lo anterior, por lo siguiente.

Con la demanda se pretende la nulidad del Formulario E-6 CON que contiene la inscripción de la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez como candidata al Concejo Municipal de Palestina.

Sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado⁵ ha sido reiterada en precisar que el acto de inscripción del candidato es preparatorio o de trámite, que hace parte de la etapa preelectoral y permite la continuación del procedimiento eleccionario. Ha aclarado igualmente que el acto definitivo susceptible de ser demandado a través del contencioso electoral es aquel que declara la elección, pues con este acto termina la actuación que se desarrolla a través de las distintas etapas que deben surtir conforme al calendario electoral. Ha señalado así mismo que el artículo 139 del CPACA es claro en identificar el objeto del medio de control de nulidad electoral, cual es, entre otros, *“los actos de elección por voto popular”*, sin perjuicio de que puedan demandarse, junto con éste, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o los escrutinios.

En ese sentido, sólo es susceptible de ser demandado el Formulario E-26 CON que declaró la elección de la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez como concejal del Municipio de Palestina.

2. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 162 del CPACA, señalará lo que pretenda, con precisión, claridad y de manera separada, guardando estricta concordancia con el acto objeto de este medio de control.
3. Según lo previsto por el numeral 1 del artículo 162 del CPACA, identificará plena y debidamente a la parte accionada en el presente asunto. Lo anterior, en tanto en el medio de control de nulidad electoral es el elegido o nombrado quien adquiere la condición de demandado y no la entidad que produce o adopta el acto de elección o nombramiento, independientemente de que se vincule a la actuación a ésta, a los partidos políticos y a otras autoridades, para que, de

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Álvarez Parra. Sentencia del 18 de noviembre de 2021. Radicación número: 76001-23-33-000-2019-01223-01.

estimarlos procedente, acudan en defensa del acto cuestionado, en los términos del artículo 277 del CPACA.

4. En los términos previstos por el numeral 4 del artículo 162 del CPACA en concordancia con el artículo 275 del mismo código, identificará expresa y detalladamente no sólo la o las causales con fundamento en las cuales pretende la nulidad del acto de elección, sino también las normas que se dicen violadas con ocasión de la expedición de aquel conforme al medio de control promovido, así como explicará con precisión y claridad el concepto de la violación respecto del mismo.
5. Atendiendo lo previsto por el numeral 7 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, indicará no sólo el lugar y dirección donde la señora Gloria Elena Restrepo Vásquez recibirá las notificaciones personales, sino también el canal digital de la misma.
6. Acreditará el cumplimiento del requisito contenido en el numeral 8 del artículo 162 del CPACA, modificado por el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021, relacionado con el envío simultáneo por medio electrónico de la demanda y sus anexos a la parte demandada. Lo anterior, en la medida en que la constancia secretarial visible en el expediente⁶ da cuenta del incumplimiento del citado deber.
7. En los términos del numeral 1 del artículo 166 del CPACA, allegará copia legible y completa del acto electoral acusado con la constancia de su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso. Lo anterior, para efectos de contabilizar el término de caducidad al que se encuentra sometido este medio de control de nulidad electoral.

Una vez hechas las correcciones ordenadas, la parte actora deberá **integrarlas con la demanda en un solo escrito**, y deberá proceder conforme lo dispone el artículo 35 de la Ley 2080 de 2021 que modificó el artículo 162 del CPACA.

ADVIÉRTESE a la parte que el único correo electrónico habilitado para allegar la corrección de la demanda, poder, memoriales, etc., es el siguiente: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co. Cualquier documento enviado a otra dirección electrónica, se tendrá por no presentado.

⁶ Archivo n° 003 del expediente digital.

NOTIFÍQUESE el presente auto a la parte demandante por estado electrónico, según lo dispone el inciso 3º del artículo 201 del CPACA, modificado por el artículo 50 de la Ley 2080 de 2021.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. 221
FECHA: 13/12/2023



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **c8eae37e5e2be9ce4c579132b6a75132b42fd3774495ad396374b98a35bfac19**
Documento generado en 12/12/2023 03:29:20 PM

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

17-001-33-33-004-2023-00313-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 240

La Sala 4ª de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Caldas, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar sentencia de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de Manizales, con la cual declaró improcedente la acción de **CUMPLIMIENTO** promovida por el **SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES -SINTRAMUNICIPIOS** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS)**.

ANTECEDENTES

PRETENSIÓN

Solicita la accionante se ordene el cumplimiento de los artículos 10 parágrafo 3, 13, 16 y 17 de la convención colectiva de trabajo suscrita con el **MUNICIPIO DE LA DORADA**, por lo que impetra, se conmine a dicha entidad territorial a cumplir tal instrumento en el plazo que el juez considere razonable.

HECHOS

Se relata, en síntesis, que el 17 de agosto de 2021 el **SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES -SINTRAMUNICIPIOS CALDAS** y el **MUNICIPIO DE LA DORADA**, suscribieron una convención colectiva de trabajo que beneficia a los miembros de la organización sindical y demás servidores que no renuncien expresamente a sus beneficios, con una duración

de 4 años contados desde la data de su suscripción, anotando que el municipio no ha dado cumplimiento a sus estipulaciones.

Manifiesta así mismo el sindicato, que a pesar de que la vulneración de derechos laborales es generalizada, el incumplimiento versa sobre varias prerrogativas consagradas en la convención colectiva, como el incremento salarial, el suministro de uniformes y calzado y vestido de labor, la cancelación de la bonificación por servicios prestados y la programación de las vacaciones a las que los servidores tienen derecho.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EL MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS) se pronunció de manera oportuna para oponerse a las pretensiones de la parte actora (PDF N° 8), exponiendo que la acción de cumplimiento se torna improcedente para materializar disposiciones que establezcan gastos; además, tratándose de una convención colectiva, este acto jurídico no es uno de aquellos cuyo cumplimiento puede exigirse a través de esta vía procesal.

Anotó luego que los pactos laborales no pueden desconocer normas superiores, específicamente la competencia del Presidente de la República para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, y en todo caso, que no existe incumplimiento de ninguna norma a instancias de ese ente territorial.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza 4ª Administrativa de Manizales profirió la sentencia que reposa en el PDF N° 10 del expediente digital, declarando improcedente la acción de cumplimiento promovida por SINTRAMUNICIPIOS. Como base de la decisión, expuso, en síntesis, que la parte actora pretende se dé cumplimiento a una convención colectiva de trabajo que no ostenta la naturaleza de acto administrativo ni norma con fuerza material de ley, sino la de un acuerdo entre patrono y trabajador que recoge los pactos producto de una negociación sindical.

Por ende, estimó que no se cumplen los postulados del artículo 1° de la Ley 393 de 1997, lo que impide la procedencia del medio judicial incoado.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con el libelo que conforma el documento PDF N° 12, la parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia, para lo cual reiteró que la vía procesal utilizada cumple con los requisitos legales de procedencia. En contraposición a la decisión de primera instancia, expresa que la convención colectiva presenta todas las características de un acto administrativo, pues únicamente contempla obligaciones a cargo del MUNICIPIO DE LA DORADA y a favor de sus servidores, por lo que emerge como una declaración unilateral de voluntad, además, fue expedida en ejercicio de la función administrativa que le asiste a la autoridad demandada, produce efectos jurídicos para las partes dado su carácter vinculante, y, además, impacta situaciones de orden particular relacionadas con los derechos de los servidores públicos de esa municipalidad.

Por otra parte, resaltó que la convención colectiva encarna derechos adquiridos por los empleados y trabajadores del Municipio que se traducen en obligaciones claras cuyo cumplimiento es dable exigir en sede judicial, fuera de ello, se trata de un acto que cumple el carácter solemne que se exige de este tipo de manifestaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Pretende por manera la parte demandante, se disponga el cumplimiento de los artículos 10 parágrafo 3, 13, 16 y 17 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre SINTRAMUNICIPIOS y el MUNICIPIO DE LA DORADA el 17 de agosto de 2021, en particular, los artículos relacionados con los incrementos salariales, el pago de las vacaciones, la bonificación por servicios prestados y la dotación de calzado y vestido de labor.

PROBLEMAS JURÍDICOS

De acuerdo con la postura de la parte apelante, el litigio se circunscribe a elucidar los siguientes cuestionamientos:

- ✓ *¿Resulta procedente la acción de cumplimiento para materializar las obligaciones consagradas en una convención colectiva de trabajo?*

(I)

LA ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO

El fundamento constitucional de la acción de cumplimiento se encuentra contenido en el artículo 87 de la Carta Política, que a la letra expresa:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”.

Pretendió entonces el constituyente mediante la acción de cumplimiento, conferir a todas las personas la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para lograr la efectividad de las leyes y de los actos administrativos, protegiendo de esta manera el orden jurídico y social del Estado. De igual modo, el precepto 146 de la Ley 1437/11, haciendo eco de la norma superior consagró que,

“Toda persona podrá acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, previa constitución en renuencia, para hacer efectivo el cumplimiento de cualesquiera normas aplicables con fuerza material de ley o actos administrativos”.

Con todo, el referido mecanismo judicial no está destinado a lograr el reconocimiento de derechos particulares en disputa, sino, como ya se ha dicho, a la protección del ordenamiento jurídico en abstracto a través del

cumplimiento de deberes concretos de las autoridades, derivados de normas jurídicas de las estirpes aludidas (leyes o actos administrativos).

De esta forma lo consideró el Supremo Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-1194 de 2001¹, expresando al respecto que:

“...De este modo, la acción de cumplimiento está encaminada a la ejecución de deberes que emanan de un mandato, contenido en la ley o en un acto administrativo, imperativo, inobjetable y expreso²-, y no al reconocimiento por parte de la administración de garantías particulares, o el debate, en sede judicial, del contenido y alcance de algunos derechos que el particular espera que se le reconozca³. Tampoco es un mecanismo para esclarecer simplemente el sentido que debe dársele a ciertas disposiciones legales⁴, pues a pesar de la

¹ M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

² Las referencias a la jurisprudencia del Consejo de Estado son meramente ilustrativas. No son recogidas a título de "derecho viviente" que le fija el sentido a una norma legal ambigua objeto de control de constitucionalidad. Con los adjetivos mencionados la jurisprudencia del Consejo de Estado ha calificado al mandato que contiene la obligación presuntamente incumplida por parte de la administración. Cfr. la sentencia del proceso ACU 615 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", 10 de marzo de 1999, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez. En esta oportunidad se confirmó el fallo de instancia mediante el que se constató que CODENSA S.A. "está obligada a dar estricto cumplimiento a la Resolución 013 de 1998 acto administrativo de carácter general expedido por el Contralor de la ciudad de Bogotá".

³ Sobre este punto, la jurisprudencia producida por el Consejo de Estado al resolver diferentes acciones de cumplimiento es ilustrativa de la manera como se ha reservado la acción de cumplimiento para asegurar la protección de derechos indiscutibles a los particulares, ordenando a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido. A título de ejemplo pueden citarse las sentencias proferidas en los procesos ACU-120 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, 22 de enero de 1998. En esta oportunidad se afirmó que "para perseguir el pago de las cesantías el actor cuenta con otro instrumento de defensa judicial" distinto a la acción de cumplimiento. En el mismo sentido, también puede consultarse el fallo ACU 126 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", Consejero Ponente: Dolly Pedraza De Arenas, 29 de enero de 1998. En esta oportunidad el Consejo desestimó la acción de cumplimiento planteada por el actor, pues pretendía que se ordenara al Centro de Rehabilitación integral de Boyacá "reconocer y pagar la prima técnica a la que tiene derecho", conflicto que corresponde dirimir a la jurisdicción contencioso administrativa por la vía pertinente. En el mismo sentido, pueden consultarse, también a título ilustrativo, los procesos ACU 558 (sentencia del 20 de febrero de 1998 C.P. Mariela Vega de Herrera), ACU 589 (sentencia del 25 de febrero de 1999 C.P. Juan de Dios Montes Hernández) y ACU 868 (sentencia del 9 de septiembre de 1999 C.P. Olga Inés Navarrete Barrero).

⁴ La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido la necesidad de distinguir entre el objeto de la acción de cumplimiento (la realización de un deber omitido por la administración), y la discusión que puede plantearse alrededor del reconocimiento y garantía de un derecho subjetivo y particular, circunstancia frente a la cual existen otros mecanismos de defensa idóneos. Cfr. sentencia C-193 de 1998 MM.PP. Antonio Barrera Carbonell y Hernando Barrera Vergara. Se estudió aquí la demanda de inconstitucionalidad contra los

legitimidad que asiste a quien promueve todas estas causas, la acción de cumplimiento no resulta ser el medio idóneo para abrir controversias interpretativas lo cual no obsta, claro está, para que con el fin de exigir el cumplimiento de un deber omitido, el contenido y los alcances del mismo sean ineludiblemente interpretado⁵.

Así como el objeto de la acción de cumplimiento no es el reconocimiento de derechos particulares en disputa,

artículos 20., 30., 5º., y 9º., todos parcialmente de la Ley 393 de 1997. Como se dijo, uno de los puntos abordados en esta ocasión tiene que ver con la relación de la acción de cumplimiento con los mecanismos ordinarios de defensa jurídica respecto de la ejecución de actos administrativos de carácter particular. Se señaló, entonces, que: "cuando se trata de actos administrativos subjetivos, que crean situaciones jurídicas individuales, concretas y particulares, el cumplimiento efectivo del respectivo acto interesa fundamentalmente a la esfera particular de la persona y no a la que corresponde a la satisfacción de los intereses públicos y sociales. Por ello se justifica constitucionalmente, por considerarse razonable y no afectar el contenido esencial de la norma del artículo 87 constitucional, la previsión del legislador, en el sentido de que en tales casos, el afectado, o sea, a quien se le lesiona directamente su derecho pueda acudir a los mecanismos ordinarios que también éste ha instituido para lograr el cumplimiento de tales actos, porque dentro de la autonomía discrecional de que goza para la configuración de la norma jurídica, no resulta contrario al referido mandato constitucional que el precepto acusado permita la existencia de mecanismos alternativos para el cumplimiento de esta clase de actos, salvo cuando de no asegurarse la efectiva ejecución del acto particular y concreto se pueda derivar para el interesado 'un perjuicio grave e inminente'. En otros términos, no es inconstitucional que el Legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo".

⁵ No obstante, quizás por el contexto particular del caso, en varias oportunidades, al abordar diferentes aspectos de acciones de cumplimiento que son objeto de estudio por parte del Consejo de Estado, este Tribunal ha referido a la necesidad de corroborar la existencia de una obligación clara, expresa y exigible como elemento necesario para la prosperidad de la acción consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Al respecto, valga citar, de manera puramente ejemplar, las sentencias producidas dentro de los procesos ACU 1039, sentencia del 13 de diciembre de 1999, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa (esta sentencia es un buen ejemplo de los fundamentos teóricos que han servido al Consejo de Estado para avanzar en la aplicación del artículo 87 C.P. y la Ley 393 de 1997. Allí se hace alusión a los antecedentes de la acción de cumplimiento a través una referencia específica a la forma como funcionaba el writ of mandamus del derecho anglosajón); ACU 573, C.P. Daniel Suárez Hernández (En dicha oportunidad la Sala Tercera del Consejo de Estado consideró que la administración había incumplido la obligación clara, expresa y exigible contenida en el artículo 17 de la Ley 387 de 1997 afirmando: "La Sala precisa que, la acción de cumplimiento resulta procedente en el caso concreto, por la circunstancia de que el dispositivo legal contenido en el artículo 17, disciplina una conducta - débito prestacional - a cargo de las autoridades públicas o privadas que integran el sistema nacional de salud, conducta que supone desde luego, la ejecución de todas las medidas - acciones específicas y concretas -, tendientes a materializar los fines últimos para los cuales fue creado dicho sistema, para la atención integral de la población desplazada por la violencia"); ACU 634, sentencia del 18 de marzo de 1999, C.P. Juan de Dios Montes Hernández (Se consideró en esta ocasión que el incumplimiento por parte de la Empresa Comercial de Servicio de Aseo Limitada, ECSA, de un acto administrativo proferido por la Superintendencia de Servicios Públicos en el que constaba una obligación clara, expresa y exigible, constituía una circunstancia que bien podía ser objeto de una acción de cumplimiento). Esta forma de calificar la obligación de la administración que hace procedente la acción de cumplimiento tiene un antecedente claro, entre otros, en la jurisprudencia que jurisdicción contencioso administrativa desarrolló a partir del estudio de las acciones de cumplimiento en materia ambiental a las que

tampoco lo es el cumplimiento general de las leyes y actos administrativos. Dicha acción no consagra un derecho a la ejecución general e indiscriminada de todas las normas de rango inferior a la Constitución ni un derecho abstracto al cumplimiento de todo el ordenamiento jurídico. Su objeto fue especificado por el propio constituyente: asegurar el "cumplimiento de un deber omitido" contenido en "una ley o acto administrativo" (artículo 87 C.P.) que la autoridad competente se niega a ejecutar.

Dicho deber no es, entonces, el deber general de cumplir la ley, sino un deber derivado de un mandato específico y determinado. Este puede tener múltiples manifestaciones o modalidades, pero no tiene que consistir en una obligación clara, expresa y exigible porque el artículo 87 no consagró una acción de simple ejecución, sino una acción de mayor alcance. Para que pueda exigirse su cumplimiento el deber ha de predicarse de una entidad concreta competente, es decir, que existe jurídica y realmente y es destinataria del mandato contenido en la norma legal o administrativa. La entidad no tiene que haber sido la única destinataria del mandato, puesto que las normas generales que regulan una materia pueden tener como destinatarias, por ejemplo, a las autoridades de determinado sector o a todas las entidades de cierto tipo -v.gr. las comisiones de regulación-. De manera tal que el particular, quien actúa en interés propio, en representación de un tercero, o en defensa del interés general, tiene la facultad de exigir, precisamente, la adopción de una decisión, la iniciación o continuación de un procedimiento, la expedición de un acto o la ejecución de una acción material necesaria para que se cumpla el

se refiere la Ley 99 de 1993. El artículo 77 de esta normatividad señala que "el efectivo cumplimiento de las leyes o actos administrativos que tengan relación directa con la protección y defensa del medio ambiente podrá ser demandado por cualquier persona natural o jurídica, a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil". Como se dijo la ejecución de una obligación clara, expresa y exigible es, entonces, una de las modalidades mediante las que se puede expresar el deber jurídico que se exige cumplir a la administración.

deber omitido, así éste haya sido establecido en una ley que no menciona específicamente a la autoridad renuente...” /Subrayas de la Sala/.

En este orden de argumentación y conforme al marco que determina la Ley 393/97 en relación con el medio de control utilizado, así como a los alcances dados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo sobre el particular, se determinan como requisitos esenciales⁶ para la procedencia de ese mecanismo, los siguientes:

- i. Que el deber jurídico cuyo cumplimiento se pida, se encuentre en normas aplicables con fuerza material de ley o en actos administrativos.
- ii. Que se acredite la constitución en renuencia al cumplimiento del deber, ocurrida ya sea por acción u omisión del exigido a cumplir, o por la ejecución de actos o hechos que permitan deducir su inminente incumplimiento (arts. 8° Ley 393/97 y 161 num. 3 Ley 1437/11).
- iii. Que el mandato sea imperativo, inobjetable y que esté radicado en cabeza de la autoridad pública - entidad competente -, o del particular en ejercicio de funciones públicas -, frente a los cuales se reclame su cumplimiento (art. 5° y 6°).
- iv. Que no exista otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico, a no ser que, de no proceder, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejercite la acción (art. 9°).

(II)

EL ACTO SUPUESTAMENTE INCUMPLIDO

La parte demandante pretende se ordene el cumplimiento de los artículos 10 parágrafo 3, 13, 16 y 17 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre

⁶ Ver, entre otras, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia de noviembre 2 de 2000. Radicación número: ACU-1694. Actor: LUZ MARINA ROJAS CASTRO.

dicho sindicato y el MUNICIPIO DE LA DORADA, que en su tenor literal establecen:

“ARTICULO 10°. PRESTACIONALES, SALARIALES Y VACACIONALES: Respecto de las cesantías, El Municipio de La Dorada llevará a cabo la liquidación y pago de la cesantía parcial, teniendo en cuenta el orden de presentación de la respectiva petición, siempre y cuando no estén consignadas a un fondo privado y de conformidad con la disponibilidad presupuestal existente.

...

...

PARÁGRAFO 3: El valor correspondiente a las vacaciones que se disfruten deberá ser pagado, en su cuantía total, por lo menos con tres (3) días de antelación a la fecha señalada para iniciar el goce del descanso remunerado.

...

...

ARTICULO 13°. ASIGNACIONES: Se entiende por las partes firmantes de la convención, que los salarios y sueldos vigentes serán hasta el 31 de diciembre de 2021 y para la vigencia de 2022, 2023, 2024 y 2025, se incrementarán en el porcentaje sobre el salario mínimo mensual legal establecido por el gobierno en cada vigencia, más cuatro puntos un (4.1) puntos porcentuales sobre el salario mínimo.

PARÁGRAFO 1: En el caso que el Municipio mejore un nivel en su categoría, por cada uno de ellos se reconocerá un incremento del 2% sobre lo dispuesto en el presente artículo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO: Este artículo entrará en vigencia a partir del 01 de enero del año 2022.

...

...

ARTICULO 16°. PRIMA DE SERVICIOS: El Municipio de La Dorada, reconocerá y pagará a todos y cada uno de sus servidores, una prima de servicios equivalente a treinta (30) días de salario, que serán pagados quince (15) días el 15 de junio de cada año y quince (15) días en los

primeros diez (10) días del mes de diciembre de cada año, incluyendo los correspondientes factores salariales a que se tenga derecho.

PARÁGRAFO TRANSITORIO: Este artículo solo se aplicará la vigencia 2021, luego de la cual quedará sin efecto alguno, ello teniendo en cuenta que venía siendo reclamado por las anteriores convenciones colectivas y los recursos habían sido presupuestados para esta vigencia 2021 en el presupuesto de rentas, gastos e inversiones. En todo caso, la prima de servicios que está dispuesta en la ley, seguirá siendo reconocida en los términos respectivos.

ARTICULO 17°. DOTACIÓN DE UNIFORMES A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES: El Municipio continuará suministrando la dotación de uniformes al personal que lo venía recibiendo para el cumplimiento de sus labores. El Municipio suministrará a los empleados públicos y trabajadores oficiales que devenguen hasta dos (2) veces el salario mínimo mensual legal vigente, de acuerdo con la normatividad legal vigente y sus funciones y oficios: vestidos, delantales, blusas, overoles, etc. Al personal de Agentes de Tránsito, Salud, electricistas y mecánicos, se le suministrarán uniformes confeccionados con material apropiado para su labor y clima.

Cada cuatro (4) meses una (1) dotación para el personal de servicios eléctricos incluidos calzado especial, arneses, correas y demás implementos indispensables para su seguridad y el ejercicio de sus funciones”.

A juicio de la parte accionante, de las estipulaciones parcialmente reproducidas emerge un deber diáfano e inobjetable a cargo del MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS), que consiste en el reconocimiento de los incrementos salariales, bonificaciones y dotación de calzado y vestido de labor para los empleados públicos y trabajadores oficiales de esa municipalidad. Entre tanto, la jueza de primera instancia se abstuvo de entrar en el análisis sustancial de la controversia, expresando que la acción

de cumplimiento es improcedente tratándose de una convención colectiva de trabajo.

Ya hubo ocasión de expresar con suficiencia que el mecanismo constitucional en cita resulta procedente únicamente en tratándose de normas con fuerza material de ley o actos administrativos, como se desprende del tenor literal de los artículos 87 constitucional, 1° de la Ley 393 de 1997 y 146 de la Ley 1437 de 2011, además de la interpretación uniforme que en sede jurisprudencial han pregonado tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, a la cual también hizo alusión este juez colegiado en el anterior apartado.

En cuanto a la convención colectiva, el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo la define como *“la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia”* /Destacado de la Sala/.

Fuera de su carácter bilateral, a las convenciones colectivas les ha sido reconocido un carácter de instrumento probatorio dentro del proceso laboral, además de fuente formal del derecho, sin fuerza de ley. Así lo estableció la Corte Constitucional, tomando como base la reiterada jurisprudencia de la Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre este punto (Sentencia SU-228 de 2021, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo):

“...

Respecto de la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, reiteradamente ha considerado que estas se equiparan a un medio probatorio, advirtiendo que son normas de alcance particular y carecen de la aplicación

nacional propia de las leyes del trabajo y, por ello, no le corresponde fijar el sentido de estos instrumentos⁷.

No obstante, en la Sentencia CSJ SL 3164 de julio 25 de 2018, que reiteró el fallo CSJ SL 12871 de agosto 9 de 2017⁸, dicha Corte reconoce que las convenciones colectivas constituyen una fuente formal del derecho, pero es necesario que se alleguen como una prueba para que puedan ser interpretadas y fijarles un sentido. *“Lo anterior debido a que estos acuerdos, a pesar de ser fuente formal del derecho, no tienen un alcance nacional, puesto que su ámbito de aplicación se contrae a los sujetos de la relación de trabajo. Por ello, se ha considerado que su acusación debe realizarse por la vía indirecta [...]”*.

Sobre el particular, esta corporación ha sostenido que no se puede desconocer el valor normativo de los acuerdos colectivos, así se alleguen al proceso judicial como medio de prueba. Precisamente en la Sentencia SU-241 de 2015, en relación con la naturaleza jurídica de la convención colectiva, se concluyó que “[...] tiene carácter normativo, es un acto solemne y como regulador de la relación laboral, es una fuente de derechos”. Adicionalmente, la misma providencia reiteró la Sentencia SU-1165 de 2001, en la que se destacó el deber de interpretación como un *“mandato constitucional para todos los operadores jurídicos, y más aún para la autoridad [sic] judiciales (artículos 228 y 55 de la Constitución Política), las cuales una vez establecido el texto de la convención colectiva, deben interpretarla como norma jurídica, y no simplemente como una prueba, máxime si de aquella se derivan derechos y obligaciones para los particulares”* /Destacado de la Sala/.

⁷ Providencia de 23 junio de 2000 (Ref. 13856) reiterada en las sentencias de enero 26 de 2010 (Ref. 36095) y de enero 25 de 2017 (Ref.609).

⁸ Providencias citadas en la Sentencia SU-027 de 2021.

No obstante, pese a que se trata de un acto jurídico con naturaleza vinculante para quienes concurren a su suscripción, y una fuente normativa, también es cierto que no ostenta la naturaleza de ley en sentido material, como tampoco de acto administrativo así esté allí plasmada la voluntad de la administración, en este caso local, por las elementales diferencias que tiene con ambas instituciones jurídicas. Así lo estableció el Consejo de Estado en sentencia de 11 de mayo de 2017, con ponencia del Magistrado César Palomino Cortés, en el proceso identificado con número de radicación 68001-23-31-000-2008-00408-02(0330-12):

“...

De acuerdo con lo anterior, una convención colectiva es un acuerdo vinculante entre uno o varios empleadores y uno o varios sindicatos o asociaciones sindicales de trabajadores, que puede ser de contenido económico y/o jurídico, que define las condiciones laborales que regirán los contratos o relaciones de trabajo durante su vigencia. Esta convención no solo sirve de mecanismo de concertación, sino de solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

...

...

...

En este sentido, en términos de la Corte Constitucional “- La convención, por su origen, proviene de una relación contractual surgida entre partes, cuya finalidad no es propiamente producir, como sucede con la ley, una innovación en el ordenamiento jurídico por vía general, dado que su ámbito de aplicación es restringido, a una o varias empresas, e inclusive cuando es extendida su vigencia por acto gubernamental a las empresas de una misma rama industrial en una determinada región económica, conforme al art. 472 del C.S.T.” Tampoco corresponde propiamente a la potestad legislativa del

Estado, que se manifiesta a través de la ley que expide el Congreso (art. 150 C.P.), o de los decretos con fuerza de ley que puede expedir el Gobierno, cuando es investido de precisas facultades extraordinarias, o cuando pone en vigencia el plan Nacional de Inversiones Públicas (arts. 150-10 y 341 C.P.), o de los decretos legislativos, o con fuerza de ley, que igualmente puede dictar el Gobierno dentro de los estados de excepción, en los casos de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica (arts. 212, 213, 214 y 215 C.P.)”⁹

...

...

De acuerdo con lo anterior, la Sala puede definir que la convención colectiva es un acto jurídico plurilateral, solemne, de orden público, protegido por la Constitución Política y el ordenamiento legal, fuente de derecho, vinculante en derechos y obligaciones en los contratos de trabajo y relaciones laborales de quienes lo suscribieron por el tiempo que duren aquellas relaciones laborales y mientras estén vigentes los acuerdos colectivos pactados.

...

...

Pues bien, el hecho que la convención colectiva de trabajo sea un acuerdo de voluntades entre la administración empleador y sus trabajadores descarta la naturaleza de acto administrativo, entendido éste como una manifestación de voluntad de la administración tendiente a producir efectos en derecho, pues aunque la convención colectiva contiene la voluntad del empleador, ella es producto de una concertación entre las partes intervinientes y no de la voluntad individual y unilateral de la administración” /Destacados de la Sala/.

En la misma providencia, el supremo tribunal de lo contencioso

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-009 de 1994, Mag. Ponente Antonio Barrera Carbonell.

administrativo se refirió a la procedencia de la acción de cumplimiento frente a las convenciones colectivas de trabajo, aludiendo a sus pronunciamientos de vieja data sobre el particular:

“...

En sentir de la Sala, uno de los requisitos mínimos exigidos para que salga adelante una acción de cumplimiento es que la obligación que se pida hacer cumplir esté consignada en Ley o Acto Administrativo.

La convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios patronos o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

Así entonces, las convenciones colectivas de trabajo, no son ni una ley, ni un acto administrativo, sino una extensión de las condiciones generales de los contratos de trabajo, razón por la cual no se cumpliría el requisito enunciado para la prosperidad de la acción que ahora estudia la Sala¹⁰” /Destacados del Tribunal/.

Partiendo de lo enunciado, de las convenciones colectivas de trabajo puede concluirse lo siguiente:

(i) Se trata de actos jurídicos que, por su esencia, ostentan un carácter bilateral, en la medida que en su formación confluyen la voluntad del empleador y la de los trabajadores sindicalizados.

(ii) Tienen carácter de fuente normativa y generan derechos, lo que no

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Clara Forero de Castro, Rad. ACU-337.

implica que ostenten fuerza material de ley o de acto administrativo, a pesar de que tienen carácter vinculante para quienes concurren a su suscripción, y porque adolece de la potestad de la unilateralidad.

(iii) Se trata de un mecanismo de concertación y una alternativa de solución de conflictos laborales, a tal punto que la jurisprudencia también las reconoce como extensión de los contratos de trabajo, ya que están llamadas a regular las condiciones de prestación de servicio, bien sea incorporando estipulaciones jurídicas y/o económicas.

Atendiendo estos precisos ribetes, así como la postura del órgano supremo de esta jurisdicción, la convención colectiva de trabajo no tiene naturaleza de acto administrativo, y tampoco de norma con fuerza material de ley, por lo que la acción de cumplimiento se torna improcedente para obtener la materialización de las estipulaciones que contienen estos instrumentos de concertación laboral, además que para su exigencia o cumplimiento existe otro mecanismo de defensa judicial. Y si en gracia de discusión para abundar, solo por hipótesis, se llegara a aceptar que podría pedirse el cumplimiento de la convención por esta vía judicial, la misma también resultaría inviable por lo dispuesto en el parágrafo único del artículo 9º de la Ley 393 de 1997.

Por ende, el Tribunal comparte la postura que llevó a la jueza de primera instancia a decantarse por la improcedencia de este medio judicial, lo que conlleva la confirmación del fallo apelado.

Ante la improcedencia de la acción de cumplimiento en el sub-lite, se hace innecesario abordar el segundo problema jurídico que se ha dejado planteado.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado 4º Administrativo de

Manizales, con la que declaró improcedente la acción de **CUMPLIMIENTO** promovida por el **SINDICATO DE EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES -SINTRAMUNICIPIOS** contra el **MUNICIPIO DE LA DORADA (CALDAS)**.

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N°060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-33-39-008-2017-00288-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª ORAL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 241

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, Sala 4ª de Decisión Oral, 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 segunda instancia por vía del recurso de apelación interpuesto contra el fallo proferido por la Jueza 8ª Administrativa de Manizales dentro del proceso iniciado en ejercicio de la ACCIÓN POPULAR por el señor ENRIQUEZ ARBELÁEZ MUTIS contra el MUNICIPIO DE MANIZALES y la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE.

ANTECEDENTES

El actor popular solicita la protección de los derechos colectivos enlistados en los literales a), b), d) y l) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998; en consecuencia, implora:

“Que se proceda a anular todo lo referente al comodato entre el Municipio de Manizales y la Asociación de Usuarios de Servicios Públicos, por estar viciado en su objeto y en el tiempo de duración. El tiempo del comodato finiquitó desde hace muchos años, sin observarse ampliación de ninguna naturaleza.

Que el Municipio de Manizales, determine qué hacer con el bien o predio que es de su propiedad.

Que para el efecto de un nuevo comodato o desarrollar un proyecto en ese mismo lugar, se tenga la seguridad pertinente,

por cuanto está situado a poca distancia de la quebrada Minitas, lo que indica que debe procederse a analizar la mitigación del riesgo que amerita para disponer del lugar”.

Para fundamentar sus súplicas, el actor popular relató que en la esquina de la Calle 63 con Carrera 17 de la ciudad de Manizales se encuentra el denominado ‘lava- autos- y parqueadero Minitas’, ubicado a un costado de la quebrada Minitas, lugar que, se menciona, ha presentado problemas de avalanchas y deslizamientos de tierra.

Adicionalmente expuso que el lavadero fue entregado en comodato por la Alcaldía Municipal de Manizales a la Asociación de Usuarios del Servicio Público de Transporte, contrato que, considera, está viciado por haberse dado su vencimiento desde el 19 de noviembre de 2003. Así mismo, indicó, que según las estipulaciones de dicho comodato, el lugar fue entregado únicamente para el lavado de vehículos, por lo que el servicio de parqueadero que allí funciona constituye la explotación de un bien del municipio para favorecer intereses particulares, y sin que el municipio tenga beneficio alguno.

De conformidad con lo anterior, y advirtiendo que la asociación se ha negado a entregar el bien público, el actor popular solicitó ordenar la terminación el contrato de comodato, y disponer la utilización del espacio para la realización de proyectos sociales.

DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS COMO VULNERADOS

Como se anotó, la parte actora manifiesta que las entidades demandadas vulneran los derechos colectivos ‘al ambiente sano, a la prevención de desastres previsibles técnicamente, a la moralidad administrativa y a la defensa del bien público’, prerrogativas consagradas respectivamente en los literales a), b), d) y l) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998.

CONTESTACIONES AL LIBELO DEMANDADOR

- ❖ **MUNICIPIO DE MANIZALES** /C. 1 PDF N° 9/: refiere que el predio al que alude el demandante no se encuentra afectado como zona de amenaza alta por deslizamiento, sino como zona de protección hidráulica según el Plan de Ordenamiento Territorial. El Municipio, prosigue la municipalidad, ha intentado en múltiples ocasiones recuperar el terreno ocupado en forma irregular. Así mismo, mencionó que no se trata de un comodato viciado, sino que éste no existe, y la Asociación se ha negado a entregar el bien.

En ente territorial formuló como medios exceptivos los que denominó, ‘FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA’, argumentando que no existe acción u omisión del ente territorial en la presunta transgresión de los derechos colectivos señalados, y en caso de así determinarse, la vulneración denunciada proviene de la Asociación de Usuarios del Servicio Público de Transporte; y la “EXCEPCIÓN GENÉRICA”, solicitando que se declare cualquier otra excepción de mérito que se encuentre probada durante el trámite del proceso.

- ❖ Con escrito visible en el PDF N° 11 del cuaderno 1, la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE** negó que el área en el que se ubica el predio objeto de controversia represente un problema de avalancha y deslizamiento de tierra. De otra parte, reconoció que, efectivamente, el predio fue entregado en comodato a la Asociación de Usuarios de Transporte el 19 de noviembre de 1998, pero que este inició válida y legalmente en marzo de 2000, por lo cual su vigencia terminaba en marzo de 2005; no obstante, destacó, haber elevado diversas peticiones de prórroga, opción de venta y entrega del lote con indemnización, ante las cuales la administración guardó silencio. En razón a ello, asegura, a instancias del silencio administrativo y de la confianza legítima, el comodato se prorrogó automática y sucesivamente por un periodo igual al pactado inicialmente.

De conformidad con lo anterior, formuló las siguientes excepciones:

- i) *“Inexistencia de vulneración de derechos colectivos”*, en tanto se han observado con cuidado y diligencia todos los deberes propios de mantenimiento y conservación de la quebrada;
- ii) *“Prevención de desastres previsibles técnicamente”*, afirmando que no le asiste razón al demandante puesto que desde el inicio del comodato se han atendido con diligencia y cuidado de amo y señor, cada una de las dificultades, condiciones y características del terreno, así como de la infraestructura básica y necesaria para la cabal ejecución del contrato de comodato;
- iii) *“No se infringe la moralidad administrativa”*, dado que la administración municipal y la Asociación aunaron esfuerzos para atender, precisamente, al interés general, observando principios como la transparencia y, en especial, la debida diligencia y cuidado que ha mostrado la Asociación;
- iv) *“Defensa del bien público”*, sustentada en que las obras desarrolladas en el ‘Lavaparque Minitas’ han protegido el entorno hídrico de la quebrada, previniendo todo tipo de deterioro ambiental;
- v) *“Carga de la prueba”*, manifestando que el actor popular carece las pruebas para tipificar las supuestas conductas que vulneran los derechos colectivos, y omitió especificar los presuntos vicios en el contrato de comodato;
- vi) *‘Improcedencia de la acción popular, por inexistencia de vulneración, daño o amenaza actual contra los derechos colectivos reclamados y por inexistencia de responsabilidad por parte de la Asociación de Usuarios de servicio público de transporte en la violación de estos’*, expresando que no tiene sentido, ni le asiste razón jurídica al accionante para hacer efectiva su acción, habida cuenta que no se observa vulneración alguna de derechos colectivos y no le asiste responsabilidad a la Asociación;
- vii) *“Inexistencia del requisito de procedibilidad para invocar la acción popular, además por ser confuso y por ser además imprecisa y poco*

claro el que se pretende hacer valer como tal”, pues considera que el demandante pretende, a través de un derecho de petición, solicitar a la Alcaldía de Manizales la expedición de documentos, por lo que no se puede entender como agotado el requisito de procedibilidad;

viii) *“Las excepciones generales que encuentre señor juez, al hacer el estudio de la demanda, su respuesta y todo el procedimiento dentro del proceso”.*

Con todo, solicitó declarar que la entidad no vulnera los derechos colectivos y, en consecuencia, despachar desfavorablemente las pretensiones de la parte demandante, y, consecuentemente, declarar la improcedencia del mecanismo constitucional.

I. LA SENTENCIA APELADA

Con sentencia de primera instancia, la señora Jueza 8ª Administrativa de Manizales dispuso declarar que no existe vulneración de los derechos colectivos invocados por el actor popular, por lo que negó las pretensiones formuladas.

Para adoptar tal decisión, la operadora judicial *a quo* se refirió al contenido y alcance de los derechos colectivos al goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público, la defensa del patrimonio público, la moralidad administrativa, a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente, todo en soportado en pronunciamientos del Consejo de Estado y los dictados de la Ley 472 de 1998.

Luego, de forma preliminar, concluyó que la acción popular no es el medio de control procedente para la satisfacción de la pretensión principal de la demanda, tendiente a la anulación del contrato de comodato y la restitución del bien inmueble al Municipio de Manizales. De conformidad con lo anterior, orientó sus consideraciones a valorar una posible vulneración del derecho colectivo a la defensa del patrimonio público, no evaluando la declaratoria de nulidad del comodato, sino la viabilidad de restitución del bien fiscal.

Así, frente a la controversia sobre la titularidad del bien, precisó que durante el trámite del proceso se acreditó que el Municipio de Manizales intentó la recuperación del bien inmueble a través de un proceso de restitución de tenencia que se tramitó ante el Juzgado 1° Administrativo de Manizales, en el cual se profirió sentencia de primera instancia el 3 de junio de 2020, disponiendo la restitución del bien inmueble, en tanto su titularidad se encuentra en cabeza del Municipio de Manizales.

Seguidamente mencionó que desde el año 2008 fueron múltiples las actuaciones desplegadas por el Municipio de Manizales para la recuperación del bien, y que, de hecho, conforme a la orden judicial de restitución, la pretensión principal del demandante se encuentra superada. Explicó luego que, conforme a los informes presentados durante el trámite judicial, se pudo evidenciar que a la fecha existen muros de contención que rodean la quebrada ‘Olivares’ en el sector de ‘Minitas’, por lo que no hay riesgo alguno frente los derechos colectivos que se dicen amenazados.

Finalmente, frente a la pretensión relativa a la destinación del inmueble con fines sociales, precisó que mal haría en pronunciarse al respecto sin tener sentencia ejecutoriada sobre la orden de restitución del inmueble antes referida.

II. EL RECURSO DE APELACIÓN.

El actor popular, con escrito visible en el PDF N° 62 del expediente digitalizado, impugnó la decisión adoptada en primera instancia de conformidad con los argumentos que a continuación se sintetizan.

Expuso que la transgresión a la ‘moralidad administrativa’ se materializa dado que funcionarios públicos que debían garantizar la vigilancia y control del comodato en calidad de supervisores del mismo, nunca cumplieron con su función, pues aduce que nunca fueron presentados informes sobre el cumplimiento del objetivo del contrato, y que, precisamente, esta omisión conllevó a que la tenencia se prorrogara en el tiempo sin vínculo jurídico

alguno, por lo que insistió en la existencia de vicios frente a esa relación contractual.

Seguidamente reprochó que, pese a que el Municipio requiere espacios para escenarios sociales y mejorar la calidad de vida de los habitantes, las autoridades se han desprendido de su deber y han dejado en abandono y en manos de terceros bienes fiscales para beneficios particulares, situación que, afirma, es abiertamente contraria al derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Finalmente, reiteró que la decisión judicial debe tender a la recuperación del bien inmueble por el Municipio de Manizales, para darle un uso con fines sociales, culturales, ambiental o de beneficio comunitario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

Persigue la parte actora la protección de los derechos colectivos al ambiente sano, la moral administrativa, la defensa de los bienes de uso público y la prevención de desastres previsibles técnicamente; prerrogativas consagradas en los literales a), b), d) y l) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998; en consecuencia, impetra, se adopten las acciones tendientes a evitar los riesgos que implica el funcionamiento en el lugar del “Lava autos y parqueadero Minitas”, y a terminar el contrato de comodato viciado celebrado entre las accionadas.

EXORDIO

La acción popular tuvo su consagración constitucional desde 1991, y fue regulada mediante la Ley 472 de 1998; constituye un mecanismo para la defensa de los derechos e intereses de la comunidad, sin que para instaurarlas se exija la intermediación de profesionales del derecho, salvo casos excepcionales señalados por la ley; su trámite es breve, especial y preferencial, es gratuito en principio, y se puede dirigir no sólo contra

entidades públicas, sino también contra particulares.

Se encuentra contemplada en el artículo 88 de la Carta Política, el que en su inciso 1° dispone,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

...”.

El reproducido inciso primero del mencionado precepto constitucional fue desarrollado por la ya referida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2° estableció que las acciones populares “son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos”, que “se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” /Subrayas de la Sala/.

El artículo 9° del mismo ordenamiento prevé que “Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”; acción que a voces del artículo 11° *ibídem*, “podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”.

De igual manera prevé en su artículo 12 quiénes son sus titulares, determinando que además de (todas) las personas naturales o jurídicas, lo son también las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o similares; las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia; el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros distritales y municipales; los Alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos.

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los anteriores esbozos legales y de acuerdo con lo discurrido por las partes en las etapas procesales desarrolladas en esta instancia, en especial el recurso de segundo grado interpuesto, esta Sala de Decisión plantea los siguientes problemas jurídicos a dilucidar:

- *¿Opera en el presente asunto la cosa juzgada frente a la pretensión tendiente a la recuperación del inmueble objeto de la acción popular con ocasión de la decisión judicial que ordenó la restitución del bien al Municipio de Manizales?*
- *¿Está siendo vulnerado o amenazado el derecho colectivo a la moralidad administrativa consagrado en el literal b) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, con ocasión de la destinación y el estado del bien inmueble ubicado en la Calle 63 con Carrera 17, propiedad del Municipio de Manizales?*
- *¿Puede la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a través de este medio de defensa judicial, ordenar la destinación específica del inmueble cuya recuperación se depreca?*

CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar las razones de apelación presentadas por el actor popular, considera necesario esta Sala de Decisión analizar, si tal como lo refirió la funcionaria judicial de primera instancia, ya existe una decisión judicial frente a la pretensión relativa a la restitución del inmueble al Municipio, y el que fuera entregado a título de comodato a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DE TRASNSPORTE.

Lo anterior, en tanto la fuerza jurídica que la ley atribuye a las sentencias judiciales que resuelven definitivamente los conflictos judiciales y que hacen tránsito a cosa juzgada (arts. 189 C/CA; 303 CGP; 35 Ley 472 de 1998), de tal

manera que ya no podría volver a suscitarse conflicto entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa, porque haría inane cualquier decisión posterior, además del derroche de jurisdicción.

En este sentido, por remisión del artículo 57 de la Ley 472 de 1998, el artículo 282 del CGP establece que, “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción **deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia**, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda” /Resaltado de la Sala/.

Frente a esta institución y específicamente en lo relacionado con las acciones populares, el Consejo de Estado en sentencia del 7 de febrero de 2008 expuso (Exp. 2005-00113-01(AP), MP. RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA):

“(…) El concepto de cosa juzgada que se predica de las sentencias judiciales hace referencia a las características de imperatividad, coercibilidad e inmutabilidad de las cuales las sentencias ejecutoriadas están dotadas; es decir, cuando las decisiones de los funcionarios judiciales hacen tránsito a cosa juzgada, significa que luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente, y no pueden ser variadas. En el ámbito de las acciones populares en virtud de que su objeto de protección está constituido por derechos cuya titularidad es difusa, lo decidido en la sentencia afecta por igual a toda la comunidad interesada, dentro de la cual puede o no estar el actor popular. **En tal sentido, para la configuración de la cosa juzgada en materia de acciones populares no se requiere que se presente identidad absoluta de las partes, pues en éstos procesos el actor y los titulares del interés protegido no necesariamente coinciden.** Por esa razón es que el legislador justamente en el artículo 35 de la Ley 472 de

1998 señaló que la sentencia dictada dentro de una acción popular “tendrá efectos de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general.”. Entonces, en materia de acciones populares, la excepción de cosa juzgada respecto de las partes ocurre aunque ellas no sean idénticas en los procesos que se cotejan, pues lo relevante es que, los responsables por la afectación al derecho colectivo invocado sean los mismos, y que no obstante la calidad difusa de la comunidad titular del derecho, el grupo -determinado o determinable- afectado con la amenaza o vulneración de los derechos colectivos comprometidos, también sea el mismo. El otro elemento para que opere la cosa juzgada es la identidad de causa, el cual ha sido entendido por la doctrina como “la razón por la cual se demanda; los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia”; dichos motivos están contenidos en los hechos de la demanda, pues son éstos, los que dan origen a su interposición y a la formulación de las pretensiones.

...

Y finalmente, la configuración de la cosa juzgada requiere también que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, que, según lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, “consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman a la justicia”, por lo tanto, es menester analizar además de la identidad en la causa petendi, si existe identidad en el objeto.”
/Resaltado de la Sala/.

Así pues; el análisis de la cosa juzgada tratándose de acciones populares requiere la configuración de tres elementos, a saber: (i) Identidad en sujetos responsables del objeto del litigio; (ii) Identidad de causa; y (iii) Identidad en el objeto. Además, conviene resaltar que por tratarse de una acción especial

que busca la protección de intereses difusos, la cosa juzgada tiene otro rasgo de trato excepcional que es el dispuesto en la sentencia C- 622 de 2007, en la cual se revisó la constitucionalidad del artículo 35 de la Ley 472 de 1998, disposición que regla la cosa juzgada en materia de acciones populares. En concreto, en dicha decisión se señaló lo siguiente:

“...

En los términos expuestos, la Corte, para garantizar los derechos al debido proceso, el acceso a la administración de justicia y el principio de efectividad de los derechos colectivos, procederá a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 35 de la Ley 472 de 1998, bajo el entendido que las sentencias que resuelven los procesos de acción popular hacen tránsito a cosa juzgada respecto de las partes y del publico (sic) en general, salvo cuando surjan con posterioridad a la sentencia desestimatoria, nuevas pruebas trascendentales que pudieran variar la decisión anterior”. /Resaltado de la Sala/.

Así pues; corresponde a esta Sala examinar si en el presente proceso concurren los elementos que configuran la cosa juzgada, para lo cual se establece a continuación un paralelo con los fundamentos fácticos, el ámbito de pretensiones y los sujetos procesales en ambos procesos:

Se advierte que para conocer la suerte del proceso de restitución de inmueble en la que se ve involucrado el mismo bien objeto de controversia popular, se consultó en la relatoría de la Corporación el fallo de segunda instancia que reposa en el expediente 2016-0320-02 proferido por este mismo Tribunal (M.P Dr. Carlos Manuel Zapata Jaimes)

EXPEDIENTE 2017-00288-02 (Acción Popular)	EXPEDIENTE 2016-00320-02 (Restitución de Inmueble)

Tribunal Administrativo de Caldas	Tribunal Administrativo de Caldas
ACCIONADOS: - Municipio de Manizales - Asociación de Usuarios del Servicio Público de Transporte	ACCIONADOS: - Asociación de Usuarios del Servicio Público de Transporte
DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS COMO VULNERADOS: - Goce de un ambiente sano. - Goce a la prevención de desastres previsibles técnicamente, - Derecho a la defensa del bien público - Derecho a la moral administrativa.	DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS COMO VULNERADOS: - Derecho a la defensa del patrimonio público. Se aclara que el libelo genitor de este proceso se orientó originalmente mediante una acción popular, alegando el derecho colectivo antes mencionado; sin embargo, esta acción por orden del Juez de primera instancia fue corregida y tramitada como proceso de restitución de inmueble arrendado, tal y como consta en cuaderno 1A, PDF 17, fls. 231 - 232.
PRETENSIONES: “Que se proceda a anular todo lo referente al comodato entre el Municipio de Manizales y la Asociación de Usuarios de Servicios Públicos, por estar viciado en su objeto y en el tiempo de duración. El tiempo del comodato finiquitó desde hace muchos años, sin observarse ampliación de ninguna naturaleza.	PRETENSIONES: "PRIMERO: Se ORDENE a la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL SERVICIO PÚBLICO DEL TRANSPORTE DE MANIZALES, representada por el Señor HERNÁN MUÑOZ RINCÓN o por quien haga sus veces, a RESTITUIR el Lote de Terreno, ubicado en el Sector del Matadero o la Toscana identificado con la ficha Catastral No.

Que el Municipio de Manizales, determine qué hacer con el bien o predio que es de su propiedad.	1-01-0398-0001-000 y Matrícula Inmobiliaria No. 100-025589 (...)
Que para el efecto de un nuevo comodato o desarrollar un proyecto en ese mismo lugar, se tenga la seguridad pertinente, por cuanto está situado a poca distancia de la quebrada Minitas, lo que indica que debe procederse a analizar la mitigación del riesgo que amerita para disponer del lugar.”	SEGUNDO: Se Ordena la Practica de Diligencia de Entrega del Mencionado Inmueble de Propiedad del Demandante, de dicho BIEN FISCAL (...) CUARTO: (sic) Se condene a la demandada al pago de las costas procesales.”

A este paralelo hay que agregar que, aunque el accionante popular del proceso que ocupa ahora la atención de esta jurisdicción (2017-0288-02) no lo dice expresamente, a partir de lo que este expuso en la causa petendi y en posteriores actuaciones procesales, salta a la vista que el objeto de la acción popular es lograr que el Municipio de Manizales recupere la tenencia del predio entregado en comodato a la Asociación de Usuarios de Servicio Público, y una vez ocurrido ello, se dé una orientación en beneficio de la comunidad.

Aunado a lo anterior, se recalca que en el fallo de segunda instancia del proceso 2016-00320-02 se dejó cerrada la discusión en torno a la vigencia del comodato, al haber establecido en su parte considerativa que:

“...

Al revisar el contrato de comodato se advierte que en él se estableció una cláusula relativa al término de duración, 5 años, contados a partir del perfeccionamiento; y se añadió que el mismo podría ser renovado, a solicitud del comodatario, previa autorización del concejo municipal, de lo cual no hay prueba haya ocurrido. En atención a la

fecha de celebración del contrato, y la data en que se radicó la demanda, es claro que ya transcurrieron más de los 5 años consagrados, lo que significa que el predio debió ser restituido al comodante, situación que claramente no se ha presentado; y aunque no puede desconocerse que el municipio dejó transcurrir un tiempo extenso sin haber llevado a cabo actuaciones para lograr su devolución, ello no es óbice para proceder a ordenarla” /pp. 32-33/

Bajo esas consideraciones, la Sala 1ª de esta Corporación, con sentencia datada el 21 de julio de 2022, dispuso:

“**ORDENAR** a la Asociación de Usuarios del Servicios Público de Transporte que **RESTITUYA** al **MUNICIPIO DE MANIZALES** el lote de terreno que le fue entregado a la asociación mediante el contrato de comodato nro. 981119547 del 19 de noviembre de 1998, y en el cual actualmente prestan sus servicios de lava autos, cuyos linderos y dimensiones se encuentran descritos en la cláusula primera del contrato de comodato mencionado”.

Quiere significar lo anterior, que la decisión de restitución se fundamentó en la cesación de los efectos del contrato de comodato por haberse agotado el término de vigencia del negocio jurídico celebrado entre las partes, sin que en ningún momento hubiera mediado una prórroga del mismo. Así las cosas, dicha orden judicial dejó resuelta la cuestión mencionada frente la vigencia del contrato de comodato, y de este modo el proceso popular en estudio subsume la discusión traída por el accionante popular.

Y en gracia de discusión, y dado que en la actuación el actor popular busca también la anulación del contrato de comodato, este juez plural debe remitirse a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 144 de la Ley 1437 de 2011, por cuyo ministerio:

“...

Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos".

Con dicha preceptiva, advierte esta Corporación de justicia la imposibilidad de acceder a la pretensión de anulación contractual pedida, pues la acción popular o es el mecanismo judicial idóneo para ello, por supuesto, sin perjuicio de que se adopten medidas para la protección de los derechos e intereses colectivos, pero al haberse configurado el fenómeno de "cosa juzgada material" sobre la pretensión tendiente a la restitución del bien inmueble al Municipio de Manizales, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia; y ello es así en tanto las acciones aquí comparadas comparten objeto como causa, e incluso partes, pues no obstante ser una persona natural el accionante, él actúa no a título personal sino con base en un interés legítimo de la comunidad, así como al municipio de Manizales y a la Asociación de Usuarios del Servicio Público de Transporte), máxime que la sentencia dictada en el proceso 2016-00320-02 desató, se itera, la controversia sobre la vigencia del comodato cuestionado por el accionante popular.

Así las cosas, y habiéndose desatado ya la pretensión principal de la presente acción popular (devolución del bien inmueble objeto de controversia al Municipio de Manizales por vencimiento del contrato de comodato) en otro proceso judicial ante esta misma jurisdicción, procede la Sala a referirse a los puntos materia de apelación, como es la moralidad administrativa y la orden de destinación del bien objeto de restitución.

La moralidad administrativa ha sido desarrollada por la jurisprudencia de esta jurisdicción especializada atendiendo a su carácter de valor, derecho y principio, y precisamente sobre el particular el H. Consejo de Estado en

sentencia de 5 de marzo de 2021 (M.P. José Roberto Sáchica Méndez, Rad. 73001-23-31-000-2010-00441-01(AP) indicó:

“...

[L]a moralidad administrativa ostenta una triple dimensión, pues, tratándose de un derecho de origen constitucional, la titularidad les corresponde a todas las personas a través de la acción popular (art. 88), lo que despeja cualquier duda sobre la capacidad de obrar y la capacidad procesal para el ejercicio de la acción. (...) Tratándose de un principio de origen constitucional no se echa de menos que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, al tiempo que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado -artículo 209 C.P.-. (...) Si bien, a través de la acción popular se pretende corregir las irregularidades que lesionan principios rectores de la actividad administrativa, conjurando oportunamente hechos u omisiones capaces de generar daños colectivos a la moralidad y al patrimonio público con el fin de superarlos, no se trata de que el juez popular realice un juicio de legalidad formal, como quedó dicho, pues ello le corresponde al juez de nulidad, sino que propenda por la protección de la moralidad administrativa y la defensa del patrimonio público sin los límites de las acciones ordinarias. (...) Empero, ello exige un análisis de cara a cada caso concreto, para establecer si se configura i) el elemento objetivo, que se verifica teniendo en cuenta si, con la actuación cuestionada, la autoridad administrativa incurrió en la inobservancia o transgresión de la ley y/o, ii) el elemento subjetivo, consistente en la materialización de conductas amañadas, corruptas y alejadas de la

correcta función pública, con la precisión que hace la sala en esta oportunidad acerca de que el juicio de moralidad no se agota en el mero juicio de legalidad pues en principio, tal juicio no subsume el juicio subjetivo que exige el estándar constitucional para la verificación de una violación al derecho a la moralidad pública (...) En ese orden, habrá casos, como el que ocupa a la Sala, en los que la violación de la norma superior no comporta necesariamente la violación de un derecho colectivo, sin perjuicio de las atribuciones del juez natural, que podrá decidir sobre la legalidad del acto o contrato, pues los deberes de corrección que se reclama en el manejo de lo público y que tienen que ver con la conducta asumida por los servidores públicos en representación de los intereses de las entidades demandadas, no dan cuenta de conductas amañadas, corruptas o deshonestas, dado que para llegar a establecer este grado de responsabilidad le correspondía a la parte actora cumplir con una carga probatoria robusta (...)” /destaca la Sala/.

Equivale a afirmar, que si bien la jurisprudencia de lo contencioso administrativo faculta al juez para que en sede de acción popular propenda por la tutela judicial de esta prerrogativa de orden colectivo, el análisis no se traslada al ámbito del estudio de legalidad de la actuación pública, pues dicho estudio se restringe al escenario propio del juez natural de lo contencioso administrativo al momento de examinar la legalidad de actos, contratos y demás manifestaciones de las autoridades públicas.

Así pues, conforme lo ha destacado esa alta Corporación, constituyen elementos esenciales de la moralidad administrativa: i) el **factor o elemento objetivo**, entendido como el desconocimiento del ordenamiento jurídico; ii) el **factor subjetivo**, que consiste en que en la acción u omisión del funcionario en el desempeño de las funciones administrativas debe acusarse de ser inmoral y evidenciarse que el propósito particular del servidor se apartó del cumplimiento del interés general y, iii) deben tener presencia los elementos mencionados y su debida correlación, para lo cual se requiere de

una carga argumentativa por el actor popular en la que se efectúe una imputación directa, seria y real de la violación del ordenamiento jurídico y de la realización de las conductas atentatorias de la moralidad administrativa.

De lo expuesto, se posible concluir, por modo, que el derecho colectivo a la moralidad administrativa resulta vulnerado o amenazado cuando se pruebe la existencia de una desviación en la satisfacción del interés general; y habrá lugar a que se configure de forma real su afectación si se prueba el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas -lo que ha pasado según la narrativa, por varias administraciones municipales-, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos cuyo amparo se implora, y que se genera a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación¹.

De acuerdo a nuestra Constitución Política, es deber del Estado velar por la integridad del espacio público y su destinación al uso común, el cual prevalece sobre el interés particular (Art. 83); al paso que bienes fiscales son aquellos cuya propiedad también Estado tienen similar tratamiento a los de los particulares (art. 674 C. Civil).

En consonancia con el anterior marco conceptual, ha de indicarse que entre las pretensiones del actor popular alguna apunta a que la utilización del bien inmueble esté dirigida a la comunidad en general.

El máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado:

“...

¹ Sentencia 2010-00768 de agosto 12 de 2014, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección C, Rad.: AP - 680012331000-2010-00768-02, Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P.: Guillermo Vargas Ayala. Sentencia trece (13) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicación número: 17001-23-31-000-2012-00327-02(AP).

Se entiende que le corresponde al actor probar los hechos, acciones u omisiones que a su juicio constituyen la causa de la amenaza o la vulneración de los derechos e intereses colectivos cuya protección se pretende con la acción.

Es evidente que no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración; el demandante tiene la carga procesal de demostrar los supuestos fácticos de sus alegaciones.

(...)

“...la Sala considera importante anotar, que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.

Con fundamento en lo anterior la procedencia de la acción popular se sujeta a que, de los hechos de la demanda se pueda deducir siquiera sumariamente una amenaza a los derechos colectivos, entendidos estos como **intereses de representación difusa**, en la medida en que su titular es

un grupo indeterminado o indeterminable de personas, la obligación de que la acción se dirija contra persona natural o jurídica o autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza o viola el interés colectivo, requisito este último que requiere que la acción u omisión sea probada por el actor, o que del acervo probatorio obrante en el expediente el juez pueda deducir la vulneración del o de los derechos colectivos pues de lo contrario no puede ni podrá dar orden alguna tendiente proteger y normalizar una situación con la expedición de la sentencia producto de la acción popular.” /Resalta la Sala/.

Ha de indicarse a esta altura del discurso judicial que no se encuentra en discusión que el predio donde operaba el ‘Lava Autos Minutas’ pertenece al Municipio de Manizales, conforme al certificado de libertad y tradición visible en la página 113 del PDF N°01 de la carpeta ‘Cuaderno2’ del expediente digitalizado. No obstante, frente a la afectación denunciada por el actor popular relativa a la destinación del inmueble para fines particulares y no colectivos, ha de remitirse esta sala de Decisión a la distinción realizada por el H. Consejo de Estado entre los bienes de uso público y los bienes patrimoniales o fiscales, en los siguientes términos:

“...

De los artículos 63, 72, 82, 102 y 332 de la Constitución Política se deduce que se consideran bienes de dominio público los destinados al desarrollo o cumplimiento de las funciones públicas del Estado o los que están afectados al uso común.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 674 del Código Civil se llaman “Bienes de la Unión” aquellos cuyo dominio pertenece a la República y se clasifican en bienes patrimoniales o fiscales y en bienes de uso público.

Los bienes patrimoniales o fiscales, también conocidos como propiamente estatales, pertenecen a una persona jurídica de derecho público de cualquier naturaleza y de manera general están destinados a la prestación de las funciones públicas o de servicios públicos, su dominio corresponde al Estado, “pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes”, es decir el Estado los posee y los administra de manera similar a como lo hacen los particulares con los bienes de su propiedad.

Por su parte, los bienes de uso público universal, igualmente conocidos como bienes públicos del territorio, son aquellos cuyo dominio resulta también del Estado pero su uso pertenece a todos los habitantes del territorio y están a su servicio permanente. Como ejemplo de ello se relacionan las calles, plazas, parques, puentes, caminos, ejidos, etc. A partir de tales características se impone que ninguna entidad estatal tiene sobre ellos la titularidad de dominio equivalente a la de un particular, por estar destinados al servicio de todos los habitantes. Sobre ellos el Estado ejerce básicamente derechos de administración y de policía, con miras a garantizar y proteger su uso y goce común, por motivos de interés general”.

En tratándose en el sub-lite de un ‘bien fiscal’, y no de ‘uso público’ lo que no ha demostrado el actor, esta última vocación la determinan las autoridades correspondientes, y la destinación de aquellos la establecen estas mismas autoridades, sin que pueda esta colegiatura inmiscuirse en asuntos de planeación municipal que son propios de dichas autoridades al tenor de expresos mandatos constitucionales y legales (arts. 311, 313 núm. 2 y 7; leyes 9a de 1989 y 388 de 1997, con sus modificaciones y concordancias)

Colofón de lo expuesto, y tal como consideró la operadora judicial de primera instancia, el actor popular no solo no cumplió con la carga prevista en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, en tanto no se refirió puntualmente a las supuestas afectaciones a los derechos colectivos con ocasión de la

destinación del bien inmueble, sino que además del material probatorio que obra en el expediente tampoco se desprenden la viabilidad de acceder a la pretensiones formuladas por el señor ARBELÁEZ MUTIS.

Así las cosas, tratándose de un bien fiscal y no de un bien de uso público, en tanto no goza de las características atribuidas a este tipo bienes, sí es cierto que la titularidad del terreno recae en cabeza del municipio como pleno propietario del bien y cuya disposición puede ser ejercida de acuerdo con las facultades otorgadas por la ley. Por tal razón no es dable desde esta vista judicial, atribuir vulneración de derechos colectivos en tanto el bien aludido no hace parte de aquellos destinados al espacio público, al cual sí tienen derecho los ciudadanos a su utilización.

En mérito de lo discurrido es que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVÓCASE la sentencia proferida por el Juzgado 8º Administrativo de Manizales, dentro del proceso que en ejercicio de la **ACCIÓN POPULAR** promovió el señor **ENRIQUE ALBELAEZ MUTIS** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES** y la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO**.

En su lugar,

DECLÁRASE probada, de oficio, la excepción de **COSA JUZGADA MATERIAL** respecto de la pretensión tendiente a la restitución al **MUNICIPIO DE MANIZALES** del bien inmueble que fue entregado en comodato a la **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE**.

NIÉGANSE las demás pretensiones de la parte accionante.

SIN COSTAS

Por Secretaría, **REMÍTASE** copia digital de este fallo con destino a la Defensoría del Pueblo (Art. 80 Ley 472/98).

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

NOTIFÍQUESE

Providencia discutida y aprobada en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

17001-33-39-006-2022-0253-02

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

DE CALDAS

SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: AUGUSTO MORALES VALENCIA

Manizales, once (11) de DICIEMBRE de dos mil veintitrés (2023)

S. 242

EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA IV DE DECISIÓN ORAL, conformada por los Magistrados AUGUSTO MORALES VALENCIA, quien la preside, AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN y PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA, procede a dictar fallo de segundo grado por vía del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por la Jueza 6ª Administrativa de Manizales, dentro del proceso de **PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido por el señor **OLIVERIO MUÑOZ OCAMPO** contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

ANTECEDENTES

El actor popular, a través de escrito visible en PDF N° 6 del cuaderno principal, solicita la protección de los derechos colectivos enlistados en los literales a, b, d, e, f, g, h, j, l y n del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, a favor de los niños y niñas residentes en de la Vereda “la Argelia” de Manizales; en consecuencia, impetra se ordene a la Secretaria de Educación del Municipio de Manizales, permitir el retorno de los niños y niñas de la Vereda mencionada, que actualmente se encuentran matriculados en la Institución Educativa San Peregrino, a la Institución Educativa Adolfo Hoyos Ocampo (Sede La Argelia), se fortalezca la escuela de la Argelia con programas para atender integralmente a los menores, y se designe una comisión cualificada, para que rinda informe a la comunidad educativa del protocolo que se siguió para solicitar la entrega de la sede La Argelia.

CAUSA PETENDI.

Para fundamentar sus súplicas, relató el actor que el **MUNICIPIO DE MANIZALES** solicitó al rector de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo”, la entrega

de la sede “La Argelia” de dicha institución, lo que implicaría perjudicar una serie de proyectos que vienen realizando algunos líderes de la vereda y miembros de la comunidad educativa, orientados a la formación de los niños y niñas de su territorio.

Añadió que una de las razones para considerar el cierre de la sede “La Argelia” de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo” es la disminución del número de estudiantes matriculados en esa sede, explicando que esto ocurre porque otras instituciones como la Institución Educativa “San Peregrino”, matriculan estudiantes sin medir la distancia y los riesgos que implica su desplazamiento, lo cual, agregó, evidencia falta de planificación en cuanto a las políticas de educación municipal.

Para el actor, es contradictorio que la Secretaría de Educación haga exigencias de número de estudiantes por docente pero, a su vez, permita que algunos rectores y personal directivo de otras instituciones educativas capten estudiantes que no pertenecen a su jurisdicción, lo que conduce a la desaparición de muchas escuelas, al paso que condena a miembros de las comunidades educativas a vivir un violento desarraigo, perdiendo la identidad y dejando las sedes educativas a la deriva, o con un uso diferente de aquel para el que fueron concebidas originalmente.

Acotó que la mitad de los niños que deberían estar matriculados en la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo” en el sector de La Argelia, están estudiando en la Institución Educativa “San Peregrino”, y solo con el retorno de esa población y la de los niños y niñas de La Argelia Alta que están matriculados en la vereda La Aurora, se estabilizaría esta problemática. Seguidamente, indicó, que la escuela de La Argelia cuenta con docentes cualificados, nombrados en propiedad y a una distancia que disminuye el tiempo y costos con respecto al traslado a San Peregrino.

Por último, refirió, la problemática no ha sido atendida por la administración municipal, y la solución que presenta es cerrar sedes y afectar, así, el derecho fundamental a la educación de los niños y niñas de su comunidad.

III. DERECHOS COLECTIVOS INVOCADOS COMO VULNERADOS.

Como se anotó, la parte actora acusa como vulnerados los derechos colectivos enlistados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998, así:

“a) El goce de un ambiente sano, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias;

b) La moralidad administrativa;

...

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

...

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

...

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

...

n) Los derechos de los consumidores y usuarios”.

RESPUESTA DE LA ENTIDAD ACCIONADA.

El **MUNICIPIO DE MANIZALES** se pronunció con el escrito que milita en el documento PDF N° 11. Sostiene que no ha vulnerado ni ha puesto en peligro por acción u omisión los derechos colectivos invocados por la parte demandante. En

desarrollo de esta afirmación, con base en concepto técnico de la Secretaría de Educación, refirió que no tiene competencia para disponer el retorno de los niños matriculados en otras instituciones educativas a la sede de La Argelia, puesto que la elección de la institución es potestativa y discrecional del padre de familia o del estudiante.

En cuanto a la solicitud de fortalecimiento de la escuela de La Argelia, destacó que los eventuales cierres de instituciones educativas son consecuencia del cambio en la dinámica poblacional que no depende de esa entidad territorial, y afecta al servicio educativo por la disminución de la población escolar, ante lo cual, el sistema educativo debe adaptarse. En el caso de Manizales, señaló, la población entre 0 y 14 años tuvo una reducción del 23,6% en 2005, y del 16,1% en el 2018, en tanto que el registro histórico de matrículas en los últimos 10 años pasó de 68.746 estudiantes en 2011, a 52.283 con corte a 2021, lo que significa la pérdida de 16.463 cupos. Además, indicó, la Secretaría de Educación debe acatar los lineamientos del Ministerio de Educación Nacional para fijar la planta de personal de los establecimientos educativos previstos en el Decreto 1075 de 2015.

En todo caso, aclaró que no ha proferido acto administrativo que ordene el cierre de la Institución Educativa Rural Adolfo Hoyos Ocampo, Sede B “La Argelia”.

LA SENTENCIA APELADA

La Jueza 6ª Administrativa de Manizales profirió sentencia negando las pretensiones del actor popular (PDF N° 43).

Para adoptar tal decisión, la funcionaria *A quo* se pronunció sobre la carga de la prueba que les asiste a los actores populares frente a los hechos que alegan como constitutivos de la presunta amenaza o vulneración de los derechos colectivos, y recalcó que resulta inadmisibles la presentación de demandas basadas en simples apreciaciones subjetivas o situaciones sin respaldo probatorio, como lo ha pregonado el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos.

En ese orden, destacó que no está probado que la sede La Argelia de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos” haya sido cerrada u ordenado su cierre, ni que el

Municipio de Manizales tenga una política o decisión tendiente a desestimular la matrícula de estudiantes en ese plantel educativo. Por el contrario, indicó que la municipalidad accionada probó una reducción del número de estudiantes matriculados en toda la ciudad, lo cual se refleja en que la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Sede B La Argelia” cuenta con apenas 9 alumnos inscritos, cifra inferior a los 22 que exigen la Ley 715 de 2011 y los Decretos 3020 de 2002 y 1075 de 2015, tratándose de planteles educativos rurales.

Finalmente, adujo, que lejos de desconocer el derecho de acceso al servicio educativo, está probado que los estudiantes matriculados también reciben alimentación y transporte, lo que refuta el presunto escenario de vulneración de derechos. Y en cuanto al supuesto deterioro de la sede educativa, traída a colación por la parte demandante en los alegatos de conclusión, dijo la jueza que no hace parte de las pretensiones que fueron admitidas, y al no haberse ejercido contradicción sobre este punto, se abstuvo de hacer valoraciones sobre el particular.

EL RECURSO DE SEGUNDO GRADO

Con escrito visible en PDF N° 47 del del cuaderno principal, el señor **OLIVERIO MUÑOZ OCAMPO** impugnó la sentencia de primera instancia.

En primer lugar, manifestó su inconformidad con la decisión de la funcionaria de primera instancia, respecto al auto con el cual rechazó la demanda frente a algunas de las pretensiones por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, entre estas la referida a mejorar la infraestructura de la institución educativa, pues consideró complejo para un ciudadano enmendar esta falencia durante el lapso de 3 días previsto en la norma procesal. Considera que el rechazo de esta pretensión es absurdo, pues las instituciones educativas son garantes del derecho a la educación en condiciones dignas, por lo que aclara que no solo pide el regreso de los estudiantes a la sede de La Argelia, sino que este proceda en condiciones dignas, como la alimentación y el transporte escolar.

Cuestiona que la jueza haya echado de menos pruebas que, a su juicio, ya existen en el plenario, como las fotografías que denotan el estado de la sede educativa,

así como un acuerdo suscrito por la Secretaría de Educación, en el que se comprometió a ejecutar obras y reabrir la escuela.

Con todo, solicitó se revoque la sentencia y se proceda a conceder la protección de los derechos invocados en el libelo introductor, y se anule el proceso desde el rechazo de la demanda que nunca debió ser inadmitida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA DE DECISIÓN

La acción popular tuvo su consagración constitucional desde 1991, y fue regulada a partir de agosto de 1999 mediante la Ley 472 de 1998; constituye un valioso mecanismo para la defensa de los derechos e intereses de la comunidad, sin que para instaurarlas se exija la intermediación de profesionales del derecho, salvo casos excepcionales señalados por la ley; su trámite es breve, especial y preferencial, gratuito en principio, y se puede dirigir no sólo contra entidades públicas, sino también contra particulares.

El mecanismo de la acción popular se encuentra contemplado en el artículo 88 de la Carta Política, el que en su inciso primero dispone,

“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”.

El parcialmente reproducido precepto constitucional fue desarrollado por la ya plurirreferida Ley 472 de 1998, que en su artículo 2° establece que las acciones populares “*son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos*”; y que, “*se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible*” /Subrayas de la Sala/.

Por su parte, el artículo 4° de la misma normativa menciona, a manera enunciativa, algunos derechos colectivos que se pueden reclamar o defender mediante la acción Popular; siendo ellos:

“

a) El goce de un ambiente sano (...);

b) La moralidad administrativa;

...

d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;

e) La defensa del patrimonio público;

f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;

g) La seguridad y salubridad públicas;

h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;

...

j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;

...

l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;

...

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.”.

El artículo 9° del mismo ordenamiento prevé que *“Las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos”*; y a voces del artículo 11° ibídem, este medio judicial *“podrá promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”*.

La referida Ley 472 en su artículo 12 prevé quiénes son los titulares de las acciones populares, determinando que además de (todas) las personas naturales o jurídicas, lo son también las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o similares; las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia; el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales; los Alcaldes y demás

servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos e intereses colectivos.

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los anteriores parámetros legales y de acuerdo con los argumentos propuestos en el recurso de apelación, esta Sala de Decisión plantea el siguiente problema jurídico:

- *¿Se encuentra acreditada la vulneración de los derechos colectivos invocados por el accionante OLIVERIO MUÑOZ OCAMPO, con ocasión de la supuesta decisión de la municipalidad demandada, sobre el cierre de la sede “La Argelia” de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo”?*

CUESTIÓN PREVIA: EL RECHAZO DE LA DEMANDA FRENTE A VARIAS DE LAS PRETENSIONES

Antes de ocuparse del fondo de la controversia, conviene precisar que el accionante dedicó la mayor parte del recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, a cuestionar el auto con el cual la jueza había rechazado la demanda frente a varias de las pretensiones que planteó inicialmente por falta de acreditación del requisito de procedibilidad consagrado en los artículos 161 numeral 4 y 164 de la Ley 1437 de 2011 (PDF N° 7).

Sobre este punto, el Tribunal estima abiertamente improcedente entrar en el análisis de esta decisión en la actual fase procesal, por cuanto el rechazo de la demanda frente a algunas de las pretensiones inicialmente formuladas por el accionante MUÑOZ OCAMPO no tuvo lugar en la sentencia cuya apelación ahora se estudia, sino en un auto anterior, que no fue recurrido en la oportunidad legal, conforme lo permite el artículo 36 de la Ley 472 de 1998.

Tal como lo expuso la jueza en su sentencia, el hecho de incorporar puntos litigiosos sobre los cuales no ha versado el debate procesal conllevaría el desconocimiento de las garantías que le asisten a la entidad demandada, cuestión

que no es menor, máxime cuando la parte actora tuvo la oportunidad de enmendar el libelo introductor, así como de impugnar la providencia de rechazo.

Bajo esta perspectiva, atañe al Tribunal únicamente pronunciarse en esta instancia acerca de los puntos que fueron objeto de esta causa judicial, en concreto, sobre las pretensiones de retorno a la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo”, sede La Argelia, de los estudiantes que se encuentran matriculados en otros planteles educativos.

(II)

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

En síntesis, la problemática expuesta por el actor en el escrito introductor, se centra en que, según lo expresa, el MUNICIPIO DE MANIZALES permite que los estudiantes que residen en el sector de “La Argelia” se matriculen en instituciones diferentes a la sede de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo” que se ubica en ese sector, lo que incide en la disminución del número de alumnos matriculados en esta sede, que se ve abocada a la amenaza de un cierre, y genera desarraigo en los estudiantes de esa zona. A modo de ejemplo, precisa que la mitad de los estudiantes que a su juicio deberían estar en la sede de “La Argelia”, están matriculados en el colegio del sector de “San Peregrino”, y que de lograr ubicarlos en “La Argelia”, esta sede contaría con el número necesario de estudiantes matriculados para subsistir.

Sobre este punto, la jueza de primera instancia no halló conculcados los derechos colectivos invocados, partiendo de la orfandad probatoria de la demanda.

La carga probatoria en materia de protección de derechos e intereses colectivos se halla consagrada en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, que establece que, *“La carga de la prueba corresponderá al demandante. Sin embargo, si por razones de orden económico o técnico, si dicha carga no pudiese ser cumplida, el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, solicitando dichos experticios probatorios a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de debate y con cargo a ella”*.

Igualmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada y uniforme sobre este postulado¹:

“Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta que según el artículo 30 de la Ley 472, en materia de acciones populares, la carga de la prueba la tiene la parte actora, pues no basta con indicar que determinados hechos violan los derechos e intereses colectivos para que se tenga por cierta su afectación o vulneración.

Al respecto, esta Sección ha reiterado que la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado, pues tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por la parte actora.”/Resaltado de la Sala/.

Volviendo al análisis del caso, es cierto que el demandante OLIVERIO MUÑOZ OCAMPO no allegó ni solicitó pruebas que permitieran denotar la vulneración de los derechos colectivos que invoca en el libelo de demanda, específicamente en función de la situación expuesta líneas atrás; en contraste, el MUNICIPIO DE MANIZALES sí allegó elementos de juicio que desestiman la tesis de la vulneración.

¹ Consejo de Estado Sección Primera, 25 de agosto de 2023, radicado 17001-23-33-000-2014-00164-03 (AP). MP. NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

En efecto, el ante territorial demandado aportó, con la contestación de la demanda, el Oficio SEM- AP 0307 de 5 de agosto de 2022, que contiene el informe técnico suscrito por la Secretaría de Educación (PDF N° 13), y del cual vale la pena extraer algunas conclusiones.

La primera de ellas, de capital importancia para este debate judicial, es que no existe decisión de cierre de la sede B “La Argelia”, de la Institución Educativa Adolfo Hoyos Ocampo, como lo explica en la página 9, en la que textualmente se indica que *‘indagado (sic) en la Unidad de Inspección y Vigilancia de la Secretaría de Educación no ha proferido acto administrativo que ordene el cierre de La Institución Educativa Rural Adolfo Hoyos Ocampo Sede B La Argelia. Las actuaciones de la Secretaría de Educación son públicas’* /Destacado de la Sala/.

Incluso, en el mismo documento se hace acopio de los 18 actos administrativos proferidos en la última década por la Secretaría de Educación de Manizales, a través de los cuales ha ordenado el cierre o la fusión de establecimientos educativos como el ALFONSO LÓPEZ PUMAREJO, EUGENIO PACELLI, JESÚS MARÍA GUINGUE, JUAN PABLO II, INSTITUTO MANIZALES, LA TRINIDAD, MARCO FIDEL SUÁREZ, GRAN COLOMBIA, LA SULTANA, MARIA GORETTI, MARISCAL SUCRE, OFICIAL MIXTO SAN PEREGRINO, RAFEL POMBO y ARANJUEZ SEDE “A” (págs.6-7), reiterando que en ese listado no se incluye una decisión de cierre del plantel educativo objeto de esta acción popular.

Descartada la existencia de una decisión de cierre de este plantel educativo, lo que sí es dable anotar es que, según el mismo informe técnico, la sede B “La Argelia” de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo” no cumple con los parámetros normativos sobre la cantidad de estudiantes matriculados, lo que, a futuro y en un escenario hipotético, podría significar la reubicación de los alumnos que actualmente reciben clase en esa sede, aspecto que, valga decirlo, no responde a la voluntad del municipio, ni implica por sí solo la afectación de prerrogativas de orden colectivo.

Sobre el particular, la pieza probatoria en mención da cuenta de que la multicitada sede educativa cuenta únicamente con 9 alumnos matriculados a corte de 5 de

agosto de 2022 (pág. 8), entre tanto, el artículo 2.4.6.1.2.4 del Decreto 1075 de 2015 (único reglamentario del sector educativo), dispone sobre el particular:

“ARTÍCULO 2.4.6.1.2.4. Alumnos por docente de aula. Para la ubicación del personal docente de aula se tendrá como referencia que el número promedio de alumnos por docente de aula en la entidad territorial sea como mínimo 32 en la zona urbana y 22 en la zona rural.

Para el cumplimiento del proceso educativo, las entidades territoriales ubicarán el personal docente de aula de las instituciones o los centros educativos, de acuerdo con los siguientes parámetros:

- 1. Preescolar y educación básica primaria: un docente de aula por grupo.
- 2. Educación básica secundaria y media académica: 1,36 docentes de aula por grupo.
- 3. Educación media técnica: 1,7 docentes de aula por grupo.

...” /Destacado del Tribunal/.

Lo anterior se complementa con la dinámica poblacional de Manizales, específicamente el conglomerado en edad escolar, del que también da cuenta el documento:

INDICADORES DEMOGRÁFICOS Porcentaje de hombres	Colombia		Caldas		Manizales		Variación 2018/2005
	CNPV 2018	CG 2005	CNPV 2018	CG 2005	CNPV 2018	CG 2005	
Porcentaje de mujeres	51,2%	51,0%	51,5%	51,2%	52,8%	52,5%	
Relación de masculinidad	95,5	96,2	94,0	95,3	89,5	90,4	

Índice de dependencia demográfica	46,5	58,8	44,8	54,6	40,8	45,9	
Índice de envejecimiento	40,4	20,5	67,1	29,4	79,8	33,6	
Relación niños mujer	25,6	36,8	20,8	30,2	17,8	23,4	
Población entre 0 y 14 años (%)	22,6%	30,7%	18,5%	27,3%	16,1%	23,6%	¹ -7,5%
Población entre 15 y 64 años (%)	68,3%	63,0%	69,0%	64,7%	71,0%	68,5%	2,5%
Población mayor a 65 (%)	9,1%	6,3%	12,4%	8,0%	12,9%	7,9%	² 5,0%

Fuente (Departamento Nacional de Estadística DANE)
Resultados Censo Nacional de Población y Vivienda 2018. Manizales, Caldas agosto 01 de 2019.

Seguidamente, se explica en el informe:

‘(...) En el grafico anterior podemos observar con claridad cómo la población de Manizales según comparativo de los censos (Censo Nacional de Población y Vivienda) CNPV 2018 versus (Censo General) CG 2005 la Población entre 0 y 14 años (%) bajó de un 23,6% en 2005, a un 16,1% en 2018; es importante resaltar que esta población es el nicho que debe atender la Secretaría de Educación en básica, primaria y media, en cuanto a la prestación del servicio educativo.

...

El registro histórico de matrícula en los últimos 10 años determina que pasamos de 68.746 estudiantes en 2011 a 52.283 con corte a 2021, como puede observarse se genera perdida de 16.463 cupos, lo que ocasiona un fenómeno de sobre oferta de la infraestructura educativa y la posterior fusión entre instituciones o cierre de algunas sedes’ /Destacados de la Sala/.

Es decir, si bien el número de estudiantes que actualmente tiene matriculados la “Sede B, La Argelia” no satisface las pautas normativas sobre ese punto, lo cierto es que no existe actualmente una decisión sobre el cierre de esta infraestructura, como lo plantea el demandante, y tampoco está demostrado que el municipio tenga una política dirigida a desincentivar el número de estudiantes matriculados en ese sector, pues le asiste razón a la municipalidad demandada cuando afirma, como base de su defensa, que no le es dable intervenir para que los padres de familia elijan determinado colegio, decisión que en todo caso es un ejercicio de libertad protegido por el artículo 68 Constitucional, que en su inciso 4° consigna que, ‘*Los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores*’.

De ahí que para esta Sala, tampoco tenga eco de prosperidad la pretensión principal del accionante OLIVERIO MUÑOZ OCAMPO, quien impetra que los menores de edad en edad escolar que residen en el sector de La Argelia, sean matriculados en la sede educativa que allí se ubica, incluso, el actor busca que se disponga que quienes se encuentran inscritos en otros colegios como la Institución Educativa “San Peregrino” sean asignados a La Argelia, súplicas que de acogerse, representarían desconocer la prerrogativa superior de elección del

establecimiento educativo de preferencia de los padres de familia, para forzarlos a adelantar sus estudios en la sede pretendida por el actor. Más allá de ello, en el expediente no reposa ningún medio de prueba que permita siquiera sugerir que el hecho de que los acudientes matriculen a los estudiantes en otros colegios, responda a situaciones distintas a su propia decisión, o que como se afirma en el escrito introductor, que ello obedezca a una política de desincentivo impulsada por la entidad territorial demandada.

Por el contrario, se itera, si algo revelan las piezas probatorias, es que aun cuando la sede B “La Argelia” de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo” no satisface el número mínimo de educandos establecido en la ley, continúa prestando su servicio. Cabe anotar también que la sede educativa sobre la que versa esta acción popular no es un colegio independiente, sino que es apenas una sede de la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo”, que cuenta con 3 sedes, y en la cual se presta el servicio educativo, con garantía de la alimentación y el transporte escolar, además de gratuidad educativa, como consta en la página 2 del informe técnico multirreferido, aspecto que termina por descartar cualquier aseveración sobre la conculcación del derecho al servicio educativo.

Colofón de lo expuesto, la Sala de Decisión, en consonancia con los razonamientos expuestos por la jueza de primera instancia, no halla vulneración ni amenaza de los derechos colectivos invocados en el libelo introductor, pues la elección que los padres de familia han hecho de establecimientos diferentes a la Institución Educativa “Adolfo Hoyos Ocampo” no tiene nada que ver con una decisión de cierre de este plantel, ni con un deliberado desincentivo del número de estudiantes matriculados en cabeza del municipio accionado, como lo plantea el accionante sin fundamento probatorio alguno. Por el contrario, el ente territorial llamado por pasiva ha garantizado el servicio educativo de quienes optaron por esta sede, con la inclusión de los beneficios que este apareja, como la alimentación y el transporte, y de acceder a los pedimentos del actor, implicaría dar al traste con la libertad de elección que garantiza el estatuto fundamental a los padres de familia de los estudiantes.

También se anotó que la disminución del número de matriculados obedece a una dinámica poblacional constante desde 2011, en la cual existe una mengua en la

cantidad de alumnos inscritos, situación que en todo caso, es completamente ajena al marco decisional de la entidad territorial accionada, quien se itera, no ha destendido el servicio educativo, y se ha limitado a reorganizarlo en condiciones de eficiencia y en acatamiento de las normas del sector educativo, a las cuales también hizo referencia este juez colegiado.

Así las cosas, habrá de imprimirse confirmación a la sentencia impugnada.

COSTAS

Atendiendo el criterio adoptado por el Consejo de en sentencia de unificación de 6 de agosto de 2019, radicado 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU², no hay lugar a condenar en costas ni agencias en derecho al actor popular.

Es por ello que el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS, SALA 4ª DE DECISIÓN ORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia proferida por la Jueza 6º Administrativa de Manizales, con la cual negó las pretensiones incoadas del señor **OLIVERIO MUÑOZ OCAMPO**, dentro del medio de control de **PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS** promovido contra el **MUNICIPIO DE MANIZALES**.

EXPÍDASE copia de esta sentencia con destino a la DEFENSORÍA DEL PUEBLO conforme a los dictados del artículo 80 de la Ley 472 de 1998.

HÁGANSE las anotaciones que sean del caso en el Programa Justicia Siglo XXI.

² CONSEJO DE ESTADO- SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SALA VEINTISIETE ESPECIAL DE DECISIÓN- Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE- Bogotá D.C., seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019)- Radicación número: 15001-33-33-007-2017-00036-01(AP)REV-SU

NOTIFÍQUESE

Discutido y aprobado en Sala de Decisión celebrada en la fecha, según consta en Acta N° 060 de 2023.



AUGUSTO MORALES VALENCIA
Magistrado



AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado



PUBLIO MARTÍN ANDRÉS PATIÑO MEJÍA
Magistrado

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 50 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 13 archivos pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-004-2017-00293-03

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Martha Lucia Londoño de Sánchez

DEMANDADO: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 421

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (archivos 42 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en el 25 de agosto de 2023 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 40 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE 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.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclcd@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **221**
FECHA: **13/12/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **1dd6cb8f429304463fbcdddf2dba82f3331d0a28ab2695faa13d148c30c19d5c**
Documento generado en 12/12/2023 02:47:02 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 42 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 1 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-004-2018-00379-02

MEDIO DE CONTROL: Reparación Directa

DEMANDANTE: Gloria Inés Arias Alzate y otros

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Justicia y del derecho, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 426

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que los recursos fueron presentados dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (archivos 25 y 26 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 23 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE 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.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **221**
FECHA: **13/12/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **f991ded1e5d0941c0288838e6078c51bc3e7e2d94f39f29cb31afd462545a1b2**

Documento generado en 12/12/2023 02:49:43 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 34 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 1 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-004-2021-00088-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Yaneth Patricia Pulgarín Taborda

DEMANDADO: Municipio de Marmato - Caldas

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 423

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (archivos 31 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en el 25 de agosto de 2023 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 29 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE 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.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **221**
FECHA: **13/12/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **4ab1e10c04a2105fcf618e56b77ceadc786af34005f03fd5f3362409b5e9c7cc**
Documento generado en 12/12/2023 02:45:55 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 23 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 1 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-004-2022-00322-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Yudi Vanessa Isaza Marín

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y el Departamento de Caldas.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 424

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (archivos 20 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en audiencia el 19 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 19 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE 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.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **221**
FECHA: **13/12/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **00d5a9b9f78498ac88967a497ce021dcca4518f47623162bfe9d849b8a6d4b59**
Documento generado en 12/12/2023 02:45:34 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 106 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 01 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-33-004-2022-00412-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Juan Carlos Suarez Herran

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y el Municipio de Manizales.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 422

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (archivos 19 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en audiencia el 26 de septiembre de 2023 por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 18 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE 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.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadmincl@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **221**
FECHA: **13/12/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **fe947d60b380846d16da7f9a96f228745b8d41425a8d0a89a8af33534e924f98**

Documento generado en 12/12/2023 02:46:37 PM

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

CONSTANCIA SECRETARIAL:

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Informando al señor Magistrado que se encuentra pendiente la admisión del recurso de apelación de sentencia, pasa a despacho para resolver lo pertinente.

Consta de dos carpetas:

Cuaderno de primera instancia: 24 archivos pdf.

Cuaderno de segunda instancia: 1 archivo pdf.



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas

Secretaria

RADICADO: 17-001-33-39-007-2022-00341-02

MEDIO DE CONTROL: Nulidad y restablecimiento del derecho

DEMANDANTE: Martha Cecilia Caballero Villamizar

DEMANDADO: Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y el Departamento de Caldas.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

A.I. 425

Manizales, doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Revisada la actuación de primera instancia para los efectos de la admisión del recurso de apelación interpuesto, el Despacho observa que el recurso fue presentado dentro del término oportuno y fueron sustentados los motivos de inconformidad ante el Juez que profirió la decisión, (archivos 21 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

Así, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 247 del CPACA modificado por el art. 67 de la Ley 2080 de 2021, **ADMÍTESE** el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en audiencia el 20 de septiembre de 2023 por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Manizales, que no accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso de la referencia (archivo 19 del cuaderno de primera instancia del expediente electrónico).

NOTIFÍQUESE 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.

Se advierte a las partes y demás intervinientes que la presentación de memoriales con destino a este proceso deberá realizarse únicamente en formato digital al correo electrónico de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Caldas: sgtadminclad@notificacionesrj.gov.co

Cualquier documento enviado a otra dirección de correo no se tendrá por presentado.

Notifíquese y cúmplase

AUGUSTO RAMÓN CHÁVEZ MARÍN
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CALDAS

NOTIFICACIÓN POR ESTADO

No. **221**
FECHA: **13/12/2023**



Vilma Patricia Rodríguez Cárdenas
Secretaria

Firmado Por:
Augusto Ramon Chavez Marin
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Oral 5
Tribunal Administrativo De Caldas

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

Código de verificación: **59fdfa08e8c276fa94c6c5391c600426a12130ddef1e796d954967ad5461efde**
Documento generado en 12/12/2023 02:46:16 PM

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